

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA
DETTE FONCIÈRE

DE LA LÉGISLATION ALLEMANDE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 9 décembre 1907, à 1 heure

PAR

CHARLES BREITLING

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
ATTACHÉ AU MINISTÈRE DE LA JUSTICE

Président : M. SALEILLES.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, } professeurs.
 TISSIER, }*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA
DETTE FONCIÈRE

DE LA LÉGISLATION ALLEMANDE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 9 décembre 1907, à 1 heure

PAR

CHARLES BREITLING

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

ATTACHÉ AU MINISTÈRE DE LA JUSTICE

Président : M. SALEILLES.

*Suffragants : { MM. MASSIGLI, } professeurs.
 TISSIER, }*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553013_0066

A MES PARENTS

BIBLIOGRAPHIE

Traités généraux.

- Achilles.** — Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin, 1899.
- Challamel.** — Cession des créances hypothécaires. Thèse Paris, 1878.
- Dahlmann-Waitz.** — Quellenkunde der deutschen Geschichte, éd. 1905-1906.
- Dernburg.** — Bürgerliches Recht.
- Enneccerus-Lehmann.** — Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin, 1901.
- Gierke.** — Deutsches Privatrecht.
- Handwörterbuch der Staatswissenschaften.** — Publiée de 1890 à 1891 par Lexis, Conrad, etc. Berlin, v^o *Grundschuld*.
- Lehr.** — Droit civil germanique.
- Meulenaere.** — Code civil allemand.
- Motive zu dem Entwürfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.* Berlin, 1888.
- Planck.** — Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin, 1901.

Monographies.

- Achilles.** — Die Grundbuchordnung nebst den preussischen Ausführungsbestimmungen.
— Repertorium der Hypotheken.
- Besson.** — Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Paris.
- Bremer.** — Hypothek und Grundschuld. Göttingen, 1869.
- Eccar.** — Nouveau régime foncier en Alsace-Lorraine. Thèse, Paris, 1893.
- Fuchs.** — Grundbuchrecht, 1899-1902.
- Gide.** — Notice sur la loi prussienne de 1872.
- Hachenburg.** — Beiträge zum Hypotheken und Grundschuldrecht

- des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches (2. Lesung), 1895.
- Kühnast.** — Die Grundschild des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin, 1888.
- Oberneck.** — Das Reichsgrundbuchrecht und die preussischen Ausführungen und Ergänzungsbestimmungen.
- Puntschart.** — Der Grundschildbegriff des Deutschen Reichsrechts. Gratz, 1900.
- Staub.** — Die Eigenthümerhypothek und Eigenthümergrundschild. Berlin, 1888.

NOTE. — Cette liste n'indique que les principaux ouvrages dont nous nous sommes servi. Les autres, ainsi que les articles de revues, sont cités en note, au cours de cette étude, lorsqu'il y a lieu.

INTRODUCTION

« Vous aurez été frappé, disait en 1849 un savant
« jurisconsulte (1), d'un fait qui est de nature à modi-
« fier les conditions de l'existence sociale : c'est le pro-
« digieux accroissement depuis une vingtaine d'années
« de la fortune mobilière, et, en regard, la stagnation
« de la propriété territoriale.

« D'un côté, l'abondance des capitaux qui place l'in-
« dustrie et le commerce à la tête de la civilisation ;
« de l'autre, la rareté, la pénurie des espèces et cet
« obstiné refus de les confier à l'agriculture, qui est
« pourtant, dans un pays aussi favorisé que le nôtre,
« la source la plus honorable, la plus féconde, la plus
« sûre de toutes les industries. »

Vers la même époque, un économiste, Wolowski, s'exprimait ainsi (2) :

« A mon avis, il y a en France, dans l'état de choses
« actuel, un défaut d'harmonie, une dissonnance sin-
« gulière entre l'intérêt servi par le gage qui est le plus

(1) Cf. Projet de loi sur les privilèges et hypothèques et rapport au Garde des sceaux sur les réformes hypothécaires, par M. Persil. Imp. Nat., 1849.

(2) *Enquête sur le crédit foncier*. Imp. Nat., juin 1850, déposition de M. Wolowski.

« solide de tous, qui est la terre et l'intérêt servi par l'industrie et par l'Etat. »

Et le même auteur écrivait ailleurs (1) :

« Le vieil adage : *plus est cautionis in re quam in persona*, n'a pas cessé de subsister quant à la ligne de démarcation qu'il établit ; mais par une singulière déviation la caution la plus considérable se voit préférer celle qui paraît moins sûre ; l'engagement personnel obtient des conditions moins onéreuses que l'engagement territorial. »

Ces critiques sont encore justes à l'heure actuelle ; elles révèlent un état de choses fâcheux que viennent, d'ailleurs, confirmer les données de la statistique.

La question du crédit agricole surtout est à l'ordre du jour ; elle prend, de plus en plus, grande place dans les préoccupations publiques.

La terre constitue pourtant une des grandes richesses nationales ; mais le crédit foncier s'achète chèrement. Malgré les nombreux efforts tentés pour agrandir et faciliter le crédit immobilier, aucune des réformes accomplies jusqu'à ce jour n'a réussi comme on l'espérait.

Ces échecs tiennent évidemment à des causes très diverses, mais la plus importante d'entre elles est assurément la mauvaise organisation de notre régime hypothécaire.

(1) *Dictionnaire de l'Economie politique*, V^o *Crédit foncier*.

A la vérité, il y a bien des manières de procurer à l'agriculture les capitaux qui lui sont nécessaires.

Un des procédés les plus efficaces, et qui, en Allemagne, a pris un si merveilleux développement, consiste à grouper en des sociétés de crédit mutuel les propriétaires d'une même commune ou de plusieurs communes voisines. Ils se prêtent entre eux et se servent du crédit que leur confère l'association pour se faire aussi prêter par des tiers dans des conditions plus avantageuses. Alors que séparément ils ne pouvaient pas trouver grand crédit, pris ensemble et unis par le lien de la solidarité, ils présentent une très grande surface et attirent à eux des capitaux considérables.

Les plus célèbres de ces associations sont celles connues sous le nom de leurs inventeurs : les banques Raiffeisen et les caisses Schultze-Delitzsch.

En France, le crédit agricole sous forme de sociétés mutuelles était à peu près inconnu jusqu'à ces derniers temps. Cependant, depuis quelques années, un certain nombre de sociétés de ce genre se sont fondées sur le modèle des banques Schultze-Delitzsch et Raiffeisen. Ces dernières sont les plus nombreuses.

On peut songer aussi à la création de grands établissements se faisant les intermédiaires entre les emprunteurs et les prêteurs, entre les propriétaires et les capitalistes. Ce système consiste dans l'institution de banques d'une nature spéciale qui prêtent aux premiers l'argent emprunté à ces derniers ; bien qu'elles ne ren-

dent pas, cela va sans dire, ce service gratuitement, elles procurent cependant des avantages importants aux deux parties. En effet, aux capitalistes prêteurs d'une part, elles offrent des titres aussi solides que des titres hypothécaires puisqu'ils ont la même garantie, mais beaucoup plus aisément négociables parce qu'ils ont pour gage non pas telle ou telle terre déterminée, mais tout l'ensemble du fonds social. Les titres émis par ces établissements circulent aussi aisément que des titres de rentes ou des actions ou obligations de chemins de fer. Aux propriétaires emprunteurs, d'autre part, elles offrent le triple avantage : 1° d'un emprunt à longue échéance ; 2° d'un remboursement s'opérant petit à petit et d'une façon presque insensible par voie d'annuités ; 3° et enfin d'un taux d'intérêt en général assez modéré.

C'est le rôle que joue chez nous la société du Crédit Foncier qui est, d'ailleurs, la seule société de ce genre existant en France. Cette puissante Compagnie, investie d'un monopole depuis 1852 sous le nom de Crédit Foncier de France, prête pour une période de 75 ans. L'intérêt n'est pas de beaucoup inférieur à 5 0/0, mais ce taux comprend une annuité calculée de façon à éteindre le capital dans une période de 75 ans, de sorte qu'à l'arrivée du terme, le propriétaire se trouve libéré de toute dette, tout en ayant payé un intérêt un peu moindre que celui qu'il aurait dû payer à un créancier ordinaire.

On avait cru un instant avoir trouvé dans cette institution un remède aux embarras de la propriété immo-

bilie, mais ce remède a été très insuffisant, surtout à l'égard de la petite propriété. En effet, si la société du Crédit Foncier a, depuis sa fondation, beaucoup prêté à la propriété, les prêts consentis par cet établissement ne se sont presque exclusivement adressés qu'à la propriété urbaine. Les services que le Crédit Foncier a pu rendre, notamment à l'agriculture, ne sont pas considérables ; la somme des capitaux déjà prêtés s'élève bien au chiffre imposant de plus de 3 milliards, mais la plus grande partie a été employée à des constructions dans les villes, et c'est à peine si le quart est allé à la propriété rurale.

Il y a à cela évidemment de nombreuses raisons ; mais la plus grave, la cause principale, paraît bien être le défaut de titres réguliers entre les mains des paysans. C'est, d'ailleurs, là le motif signalé tout particulièrement par M. Josseau, l'un des fondateurs du Crédit Foncier (1) :

« En ce qui concerne l'amélioration de notre agriculture, dit M. Josseau, le Crédit Foncier s'est toujours efforcé d'y concourir dans la mesure de ses forces. Il est vrai que, dans ses débuts surtout, il a beaucoup plus prêté aux propriétaires urbains qu'à ceux des campagnes, à la grande propriété plus qu'à la petite. La raison en est facile à saisir : c'est, d'une part, que la petite propriété rurale, lente à s'instruire des faci-

(1) J.-B. Josseau, *Traité du Crédit Foncier*, Paris, 1884, introduction, p. XCV.

« lités qu'offrait le nouveau mode d'emprunt, a beau-
« coup moins demandé que la grande propriété et sur-
« tout que la propriété urbaine ; c'est, d'autre part,
« que généralement en France elle n'est pas régulière-
« ment établie. »

Cette dernière raison est certainement la véritable, car, si nouvelle que fût l'idée de l'amortissement, il ne devait pas être difficile de faire entendre des paysans une théorie qui se résume en ceci : ne pas avoir à rendre le capital emprunté. Non, la vraie cause de cet insuccès relatif tient à ce que beaucoup de gens à la campagne possèdent de père en fils et, par suite, n'ont pas de titres établissant leur droit de propriété.

Quoi qu'il en soit cependant, l'amortissement, procédé par excellence des sociétés de crédit foncier, présente les plus grands avantages, surtout pour la propriété rurale.

Il ressort, en effet, de la grande enquête sur le crédit foncier, publiée en 1850, que la terre a besoin de longs emprunts. M. Cherbuliez a même soutenu qu'elle ne pouvait emprunter qu'à fonds perdus, qu'autrement le propriétaire était voué à la ruine.

Cette opinion est assurément excessive, mais il est certain que la restitution lente et progressive du capital par l'amortissement est éminemment favorable à la propriété rurale pour l'exécution des travaux de longue haleine nécessaires à son exploitation comme les travaux d'irrigation et de drainage. Il serait donc dési-

nable que les privilèges, réservés jusqu'à ce jour au Crédit Foncier, fussent généralisés dans la mesure du possible.

Cependant, dans l'état actuel de la législation, une bonne loi sur le crédit foncier paraît constituer un problème à peu près insoluble. On ne peut, en tous cas, arriver à le résoudre qu'en élargissant et en assurant le crédit. Crédit assuré, large crédit, il faut en effet l'un et l'autre.

Le crédit a besoin tout d'abord de sécurité. En affranchissant la propriété des causes d'éviction qui procèdent du fait des précédents propriétaires, en rendant publiques toutes les charges qui pèsent sur elle, on donnerait un gage sûr aux prêteurs et on affermirait le crédit.

Mais il ne faut pas oublier que la terre demande un crédit très long et que le prêteur n'est pas toujours disposé à immobiliser ses capitaux pendant un laps de temps considérable. Il est donc nécessaire de concilier ces deux intérêts opposés et on ne peut y arriver qu'en facilitant la cession des titres hypothécaires.

Tout propriétaire d'immeuble peut trouver du crédit en offrant son bien comme gage à un capitaliste. L'hypothèque est la forme moderne et supérieure du crédit foncier, mais les règles protectrices du droit civil, qui attache un grand prix à la sécurité des capitaux engagés, font de l'hypothèque un instrument de crédit lourd et difficile à manier. Le créancier et le débiteur sont

liés l'un à l'autre par un contrat de prêt dont le terme est ordinairement éloigné et toujours immuable ; le capitaliste ne peut pas rentrer à volonté dans les fonds qu'il a prêtés. Or la difficulté de réaliser le gage, les formalités, les lenteurs, les frais de poursuite, l'immobilisation des sommes engagées détournent les capitaux des prêts hypothécaires (1). Cependant en autorisant la transmission du gage hypothécaire, on donnerait aux créanciers un moyen rapide de rentrer dans les fonds qu'ils ont avancés, on multiplierait le nombre des prêt-

(1) Cf. Procès-verbaux de la commission du cadastre, fascicule 5 : *rapport sur le crédit hypothécaire*.

« Il est malheureusement incontestable que les frais qui accompagnent l'inscription hypothécaire et plus tard l'exécution forcée de l'immeuble en cas de non-paiement rendent impossibles, dans l'état actuel des choses, les petits emprunts hypothécaires. Exiger à chaque mutation l'abandon de 3 ou 4 années de revenu, c'est évidemment soumettre la propriété à un joug écrasant et mettre obstacle aux transactions ; multiplier les formalités et les causes de nullité autour de la procédure de saisie, c'est vouloir décourager les capitaux qui s'offrent à elle.

Nos lois fiscales comme nos lois civiles obéissent toujours à cette ancienne idée que la terre doit à perpétuité demeurer dans les mêmes mains.

Nous ne prétendons pas, d'ailleurs, que la propriété doive faire l'objet de transactions incessantes, qu'elle doive circuler comme de la monnaie ou des valeurs de bourse ; la propriété a besoin d'être mise en valeur par des travaux de longue haleine ; il est bon que le propriétaire s'y attache et la conserve longtemps ; mais ce qui doit être le résultat de la volonté libre des parties et du jeu naturel des choses ne peut, sans inconvénients graves, être imposé par mesure législative. On sait par de terribles statistiques ce que coûtent les dispositions protectrices organisées en faveur des personnes ou des biens. » (Cf. rapport présenté au Président de la République par M. le Garde des sceaux sur l'administration de la justice civile en 1890.)

teurs et, par suite, on ouvrirait un crédit plus large aux propriétaires fonciers.

Pour réaliser et organiser la transmission rapide et sans formalités des créances hypothécaires, il serait nécessaire de donner à l'hypothèque une certaine indépendance en l'affranchissant des causes d'extinction propres à tel ou tel créancier qui aurait été porteur à un moment donné du titre hypothécaire.

Une législation étrangère, la législation allemande, nous a donné l'exemple (1).

Pour satisfaire aux nombreux et divers besoins du crédit foncier, le législateur allemand a multiplié les formes possibles de l'engagement des immeubles : à côté de l'hypothèque ordinaire ou hypothèque négociable avec cédule (*Verkehrshypothek*, *Briefhypothek*), de l'hypothèque sans cédule (*Buchhypothek*), de l'hypothèque de garantie, il reconnaît et réglemente encore deux institutions particulières, la dette foncière avec ou sans cédule et la rente foncière (2). Le Code n'admet pas l'existence d'autres formes de crédit immobilier que celles que nous venons d'énumérer ; il ignore notam-

(1) La loi prussienne du 5 mai 1872 a servi de modèle à plusieurs États allemands. L'Autriche et la Suisse se sont engagés également dans la voie suivie par la Prusse et ont adopté la dette foncière.

(2) La rente foncière n'est qu'un sous-genre de la dette foncière. Elle se distingue des autres formes du crédit immobilier et notamment de la dette foncière en ce que l'ayant droit ne peut réclamer le paiement d'un capital, mais seulement le service de prestations périodiques ; elle est essentiellement rachetable (art. 1201 et 1202 du Code civil).

ment le droit de gage portant sur la possession et l'antichrèse, droit de gage immobilier.

L'origine de la dette foncière se trouve dans la loi prussienne du 5 mai 1872 qui, la première, a introduit en Allemagne le bon foncier. Ce titre, une fois émis, est à l'abri des exceptions personnelles aux créanciers intermédiaires ; il survit à l'extinction même de la créance. C'est l'hypothèque indépendante, la Grundschild.

Le législateur allemand a, de la sorte, tout en ménageant la diversité des usages reçus dans les divers États de l'Empire, donné libre essor au développement du crédit foncier.

C'est pourquoi il nous a paru intéressant de montrer, alors qu'il n'existe en France aucun ouvrage spécial sur notre sujet, comment nos voisins d'Outre-Rhin ont résolu le problème. Notre loi civile pourrait-elle subir une modification de cette nature en matière de crédit immobilier, c'est ce que nous allons essayer de rechercher en étudiant ici la Grundschild allemande et, en face de cet exemple, on pourra conclure. On se plaît à reconnaître l'opportunité de certaines dispositions du nouveau Code civil allemand, nous croyons, en tous cas, qu'il y a pour nous quelque profit à les bien connaître.

Ce n'est pourtant pas une étude de droit comparé que nous avons voulu écrire. Tant de savants ouvrages,

tant d'excellents articles ont paru sur le droit français qu'il ne nous restait pas d'espoir d'ajouter quelques aperçus inédits. Notre but a été plus modeste, cette étude n'est qu'une simple monographie.

PREMIÈRE PARTIE

LA DETTE FONCIÈRE

ÉTUDE THÉORIQUE

CHAPITRE PREMIER

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR L'HYPOTHÈQUE INDÉPENDANTE ET LA GRUNDSCHULD PRUSSIENNE

Les lois hypothécaires modernes de divers Etats allemands ont créé l'hypothèque détachée de la créance ou, comme on a coutume de l'appeler, l'hypothèque indépendante.

Les législations qui considèrent ainsi l'hypothèque comme un droit indépendant peuvent être réparties en trois groupes, comprenant :

Premier groupe. — Les législations de Hambourg et de Lübeck.

Deuxième groupe. — La législation du Mecklembourg.

Troisième groupe. — Les législations de Prusse, d'Oldenbourg, Cobourg-Gotha. Waldeck-Pyrmont, Lippe et Schaumbourg-Lippe.

PREMIER GROUPE.

A Hambourg et à Lübeck le droit des hypothèques s'est développé sans être influencé par le droit romain. La loi hambourgeoise du 4 décembre 1868 sur la pro-

priété foncière et les hypothèques (1) contient les dispositions suivantes :

« Les immeubles ne pourront être grevés, à l'avenir,
« sur les livres hypothécaires que de charges consis-
« tant en sommes d'argent déterminées ou en rentes.
« Le droit à ce capital ou à cette rente sera assuré par
« son inscription ou sa transcription sur les livres hypo-
« thécaires. Le droit du créancier hypothécaire s'étend
« à tout l'immeuble et à toutes ses parties et dépen-
« dances. Toute inscription au registre hypothécaire
« établit, jusqu'à preuve d'une convention contraire,
« une obligation personnelle du propriétaire foncier
« envers le créancier hypothécaire: »

« Le créancier hypothécaire ne peut, cependant, se
« prévaloir de l'obligation existant à la charge de la
« personne et du patrimoine du débiteur que si le pro-
« duit de la vente forcée de l'immeuble a été insuffi-
« sant pour couvrir le montant de sa créance ou qu'au-
« cune offre suffisante n'a été faite lors de l'adjudication.
« Tout propriétaire ultérieur de l'immeuble, par cela
« seul que cet immeuble lui est cédé, est tenu person-
« nellement. Toutefois le propriétaire antérieur n'est
« libéré que si le créancier l'a expressément dégagé
« de son obligation ou a reconnu son successeur comme
« débiteur. »

Nous ne sommes plus, ici, en présence de l'hypothè-

(1) *Gesetz über Grundeigenthum und Hypotheken*, vom 4 decembre 1868.

que romaine et traditionnelle ; la loi, en effet, ne dit à aucun moment que l'inscription doit servir de sûreté à une créance. L'idée fondamentale est que le droit résultant de l'hypothèque grève l'immeuble d'une manière indépendante et engendre, subsidiairement, une obligation de payer à la charge du propriétaire de l'immeuble grevé. Le droit qui résulte de l'hypothèque ne constitue pas, comme en France, un droit accessoire ; l'hypothèque n'accompagne pas la créance. Le droit auquel elle donne naissance a son fondement dans l'inscription au livre foncier. Toutes les énonciations du livre foncier sont légalement vraies ; il n'existe en dehors d'elles aucun droit réel sur les immeubles, et le propriétaire ne peut les combattre que dans la mesure où le permettent les principes de la foi due au registre.

La législation de Lübeck repose sur une conception analogue (voir la *Stadtbuchordnung* de 1818 et les règlements sur le régime hypothécaire de 1820 et 1880). Une ordonnance en date du 25 mars 1848 détermine l'étendue de la responsabilité personnelle du propriétaire de l'immeuble grevé et réglemeute les droits du créancier hypothécaire.

DEUXIÈME GROUPE.

En Mecklembourg, la loi hypothécaire du 18 octobre 1848 sur les immeubles ruraux contient les dispositions suivantes (1) :

(1) *Revidierte Hypothekenordnung für Landgüter*, vom 18 Oktober 1848.

« L'inscription ne donne pas seulement naissance à
« des droits qui serviront de garantie à une créance
« personnelle, appartenant à celui qui demande cette
« inscription ; elle crée plutôt sur l'immeuble des char-
« ges réelles indépendantes. L'existence d'une créance
« personnelle n'est d'ailleurs nullement nécessaire pour
« pouvoir demander l'inscription. Le propriétaire ulté-
« rieur de l'immeuble ne sera pas personnellement
« tenu à raison de sa qualité de propriétaire. »

La loi reconnaît ici formellement l'indépendance du droit hypothécaire ; l'hypothèque n'est pas l'accessoire d'une autre dette.

Les dispositions de la loi du 18 octobre 1848 ont été reproduites dans la nouvelle ordonnance municipale du 21 décembre 1857 et dans l'ordonnance hypothécaire sur la propriété foncière dans le Grand-Duché de Mecklembourg-Strelitz du 24 décembre 1872 (1).

TROISIÈME GROUPE.

En Prusse, les Chambres avaient, en 1872, pris pour type de leur réforme la législation du Mecklembourg. Elles se sont cependant volontairement écartées de leur modèle, et la loi du 5 mai 1872 sur la propriété foncière (2) a créé, à côté de l'hypothèque accessoire, un

(1) *Revidierte Stadtbuchordnung*, vom 21 Dezember 1857 et *Revidierte Hypothekenordnung für den Privatgrundbesitz in den Domänen etc. des Grossherzogthums Mecklenburg-Strelitz*, vom 24 Dezember 1872.

(2) *Gesetz über den Eigenthumserwerb*, etc., vom 5 mai 1872.

autre mode de démembrement de la propriété immobilière auquel la science allemande a donné le nom de *Grundschild* ou de dette foncière.

La loi prussienne ne donne pas une définition de la dette foncière, mais elle considère la *Grundschild* comme une charge indépendante, sans relation nécessaire avec une créance quelconque et consistant dans le recouvrement sur l'immeuble d'une somme d'argent déterminée.

Lors de la rédaction du projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne, la question s'est posée de savoir si on admettrait la dette foncière dans le nouveau Code (1). Les partisans de la *Grundschild* firent remarquer que l'évolution historique du droit hypothécaire allemand exigeait nécessairement que l'hypothèque fût érigée en droit indépendant.

Ils firent valoir notamment que la *Grundschild* avait fait ses preuves au point de vue pratique ; qu'en Mecklembourg, à Hambourg, à Lübeck où l'hypothèque indépendante est admise depuis longtemps, le crédit foncier est admirablement assuré et qu'en Prusse même, où cependant on inscrit beaucoup plus d'hypothèques que de dettes foncières, la *Grundschild* n'avait pas soulevé de réclamations qui fussent basées sur des résultats pratiques defectueux.

Les adversaires de la *Grundschild* opposaient, par

(1) Cf. *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, t. III, Berlin und Leipzig, 1888, p. 610.

contre, que l'hypothèque permettait d'atteindre le même but que la dette foncière ; qu'il était très difficile de construire juridiquement le concept de la Grundschild ; que les gens inexpérimentés et ignorants seraient exposés à un véritable danger si la loi leur donnait la possibilité de grever leurs immeubles de sommes d'argent « qu'ils ne doivent pas » (*welche sie nicht schuldig sind*) (1) ; qu'il serait périlleux, enfin, d'exposer la propriété foncière et l'économie rurale à une mobilisation du sol trop facile.

Aucune de ces raisons ne fut cependant trouvée suffisante pour écarter la dette foncière et faire renoncer à son admission dans la nouvelle codification.

D'après l'Exposé des motifs, la dette foncière constitue un moyen juridique permettant d'assurer le crédit foncier d'une manière au moins aussi satisfaisante que l'hypothèque accessoire. On s'est donc décidé à admettre la Grundschild dans le Code civil, non il est vrai comme forme unique, mais comme une des formes permettant d'assurer le crédit immobilier. Lors de la discussion du projet de Code civil, la dette foncière s'est, d'ailleurs, affirmée comme la forme par excellence du crédit réel, et elle fait aujourd'hui définitivement partie du droit impérial allemand.

La Grundschild justifiera-t-elle les espérances qu'on a fondées sur elle ; aura-t-elle véritablement une im-

(1) Cf. *Motive zur dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, t. III, Berlin und Leipzig, 1888, p. 610.

portance pratique considérable ; deviendra-t-elle le moyen par excellence, et peut-être, quelque jour, la forme unique permettant de réaliser le crédit foncier ; ses effets seront-ils bienfaisants ? Ce sont là autant de questions auxquelles on ne peut répondre actuellement d'une manière catégorique et sur lesquelles il est permis, à bon droit, de conserver quelque doute.

Lors de la réforme hypothécaire prussienne, on avait cru que la plupart des Etats allemands s'engageraient dans la voie suivie par la Prusse et adopteraient la dette foncière ; mais ces prévisions ne se sont pas réalisées.

La loi prussienne sur les livres fonciers du 5 mai 1872 a, sans doute, servi de modèle à plusieurs Etats allemands, mais certains, comme le Brunswick et le Sondershausen, ont adopté la législation prussienne en ne reconnaissant pas la dette foncière, tandis que d'autres, qui jusqu'alors n'admettaient que l'hypothèque accessoire, ont autorisé, à côté de l'hypothèque, l'emploi de la Grundschild.

En Bavière, en Saxe, en Wurtemberg et dans le Grand-Duché de Bade l'opinion générale est que la dette foncière ne répond pas aux besoins économiques du pays et que, par suite, elle est une institution inutile. Il convient de faire remarquer, à ce sujet, que même en Prusse, où pourtant la Grundschild fonctionne depuis 1872 à côté de l'hypothèque, c'est l'hypothèque seule qui constitue la forme normale du crédit immobilier. Il résulte, en effet, des données de la

statistique que, sur cent cas de mise en gage d'un immeuble, 95 cas revêtent en Prusse la forme de constitution d'hypothèque, 5 seulement la forme de dette foncière et encore presque tous les 5 cas se produisent à Berlin (cf. à ce sujet : *Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* dans les *Archiv des deutschen Landwirthschaftsrathes* de Trang Mueller, XIII^e année, Berlin, 1889, p. 170, 177, 204, 218 et suiv., 263 et suiv.).

Un jurisconsulte allemand, Th. Heidenfeld, paraît bien être dans le vrai quand il soutient dans son ouvrage (1) *Das preussische Immobilienrecht nach den Gesetzen vom 5 mai 1872* que, « tout compte fait, la Grundschild existant à côté de l'hypothèque sera plus intéressante au point de vue théorique qu'au point de vue pratique ».

Quoi qu'il en soit cependant, le législateur allemand en traitant de la dette foncière a voulu se placer à un point de vue essentiellement pratique. Il s'est attaché à trouver des dispositions législatives qui fussent en harmonie avec les besoins économiques actuels ; il a cherché à agrandir et à faciliter le crédit immobilier ; il a voulu offrir aux capitaux de nouveaux placements. Le législateur n'a pas essayé de construire une théorie juridique de la dette foncière ; cette question était pour lui d'une importance secondaire. L'Exposé des motifs

(1) Berlin, 1873, p. 146.

se borne à signaler la difficulté que présente la construction juridique du concept de la Grundschild et déclare qu'il appartient à la science d'édifier cette théorie (1).

C'est, d'ailleurs, l'idée qui a présidé à toute la nouvelle codification. A aucun moment les rédacteurs du Code allemand n'ont cherché à construire des théories juridiques ; mais ils ont voulu, et tous leurs efforts ont porté sur ce point, que la nouvelle codification répondît aux besoins de la vie moderne, qu'elle fût avant tout pratique.

Le législateur allemand s'est assurément placé ainsi à un excellent point de vue ; cependant, les principes théoriques ont également leur importance ; et il n'est nullement indifférent, surtout pour une commission de rédaction d'un Code, de se trouver au point de vue théorique sur un terrain solide, quoique aujourd'hui il soit de mode, en matière de travaux de législation, de professer un certain dédain à l'égard des questions théoriques. Or, précisément en traitant de la dette foncière, il eût été désirable que le législateur se fût nettement prononcé sur la question de la nature juridique de la Grundschild, puisqu'elle est une des institutions les plus contestées du droit privé germanique. La seconde Commission n'a cependant pas voulu prendre position.

(1) Cf. *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, p. 610.

La difficulté que présente la construction d'une théorie juridique de la dette foncière, a été, nous l'avons dit, un des principaux arguments invoqués contre l'adoption de la Grundschild dans la nouvelle législation et la question doit, évidemment, présenter de sérieuses difficultés pour que la commission de rédaction du Code qui réunissait pourtant l'élite des jurisconsultes allemands n'ait pas osé s'attaquer de front à la solution de ce problème.

Divers auteurs, Dernburg et Puntchart notamment, prétendent qu'il est impossible d'arriver à résoudre la question si on se laisse guider, en cette matière, par les principes généraux traditionnels qui constituent le droit des obligations usuel.

On considère, en effet, communément l'obligation comme un rapport juridique entre deux personnes dont l'une est le créancier et l'autre le débiteur, c'est-à-dire toujours comme un rapport personnel. Le débiteur doit exécuter son obligation ; s'il ne le fait pas volontairement la loi donne au créancier le droit et les moyens d'en exiger l'accomplissement : à défaut d'exécution volontaire le créancier peut s'adresser à la justice qui constatera son droit ; après quoi, l'Etat mettra la force sociale à sa disposition pour lui procurer l'exécution effective. C'est l'exécution forcée.

L'obligation à une prestation, le droit à une prestation sont intimement liés à la contrainte et à l'exécution contre la personne du débiteur. Or, selon Dern-

burg, en s'appuyant sur ces principes on ne peut admettre à côté d'obligations personnelles l'existence d'obligations réelles. La Grundschild, cette dette extraordinaire qui fait partie des droits réels, doit donc apparaître comme une insoluble énigme, ou tout au moins comme une contradiction, comme une singulière anomalie.

Dans le nouveau Code civil allemand les règles générales du droit des obligations sont conformes à la conception traditionnelle. Or suivant certains auteurs, dont Dernburg, la Grundschild ne peut s'expliquer qu'à l'aide de la vieille théorie allemande des obligations. La commission de rédaction du Code n'aurait donc pu construire une théorie satisfaisante de la dette foncière qu'en reniant les principes fondamentaux qu'elle venait d'adopter. Par suite il eût été nécessaire, sous peine d'aboutir à une véritable inconséquence juridique, de renverser ces principes et de reconstruire sur d'autres bases le droit des obligations.

Le vieux droit allemand distingue les notions de *dette* (Scharfschild) et d'*obligation* ou *responsabilité* (Haftung). La dette est l'objet du contrat, c'est la chose que le créancier peut exiger du débiteur. La dette ne peut porter que sur une personne ; l'obligation ou responsabilité, au contraire, peut exister aussi bien sur une chose que sur une personne. Elle constitue la garantie, la caution, le gage de la dette. L'obligation permet au créancier d'obtenir satisfaction, d'être indemnisé ;

elle lui sert de sûreté au cas où il ne serait pas payé ou n'obtiendrait qu'une satisfaction incomplète.

L'obligation peut être personnelle ou réelle.

L'obligation ou responsabilité personnelle ne consiste pas en une responsabilité du patrimoine ; ce n'est pas une hypothèque générale, mais la responsabilité de la personne elle-même ; les biens du débiteur répondent seulement de l'exécution de ses obligations. Cette responsabilité peut être limitée ou illimitée. En principe tous les biens du débiteur répondent de ses obligations, mais, en cas de responsabilité personnelle limitée, celui qui est responsable n'est tenu que sur un ou plusieurs biens déterminés, tandis que l'ensemble de son patrimoine échappe à l'action du créancier. Il n'est donc plus tenu s'il se dépouille des objets qui composent la portion grevée de son patrimoine.

En cas de responsabilité réelle, au contraire, l'action du créancier est, pour ainsi dire, localisée sur un objet ; ce n'est plus une personne et une chose, mais une chose seule qui est tenue.

La responsabilité personnelle sert de base à l'action et à l'exécution sur la personne. Elle est la forme juridique du crédit personnel.

A la dette et à la responsabilité du côté du débiteur correspondent la *dette* (Schuld) et la *créance* (Forderung) du côté du créancier. La dette, d'une part, est ce que doit recevoir le créancier, la prestation stipulée. La créance, d'autre part, est l'action personnelle, c'est-

à-dire un acte dont la base juridique est non la dette, mais la responsabilité personnelle.

La responsabilité réelle est la forme juridique du crédit réel. Lorsqu'un gage a été stipulé en vue d'une dette, que ce soit un meuble ou un immeuble, et en ce dernier cas qu'il s'agisse de l'ancienne ou de la nouvelle doctrine, quand la responsabilité personnelle n'est pas expressément stipulée à côté de la responsabilité réelle, le gage seul répond de la dette et non la personne du débiteur. Toute dette née d'un contrat peut exister sans responsabilité personnelle et sans action ; il dépend des parties au contrat que cette dette n'entraîne aucune obligation personnelle et soit dépourvue d'action. Tel est le fondement de la responsabilité réelle pure.

En résumé, suivant cette théorie, celui qui est obligé n'est pas nécessairement débiteur et celui qui est débiteur n'est pas nécessairement responsable.

Le droit germanique met en opposition l'obligation et la dette. L'obligation naît d'une dette ou en vue d'une dette ; la dette est la cause de l'obligation. L'obligation, au contraire, a pour but d'assurer la prestation. La personne ou la chose sur laquelle pèse l'obligation est tenue à cause de la dette ; et il en est ainsi, même si la dette ne porte pas sur la personne obligée.

Il est facile de se rendre compte qu'il s'agit ici d'idées tout à fait différentes de celles qui régissent la doctrine traditionnelle. L'obligation n'est pas ici un état de dette ou de créance ; elle n'est pas exclusivement un rapport

personnel ; elle peut constituer également un rapport réel. Quoi qu'il en soit pourtant, la discussion n'a que peu d'importance pratique.

Les auteurs qui se rallient à cette théorie attachent une importance considérable à l'étude de la dette foncière. La Grundschild, selon eux, prouve manifestement que les principes fondamentaux sur lesquels repose le droit des obligations traditionnel sont inexacts, et que la vie pratique n'est nullement en accord avec eux.

« Lorsqu'on étudie la dette foncière, dit un jurisconsulte allemand, Gierke (1), on se rend compte du « prix qu'il faut attacher à notre droit national, notamment en une partie du droit privé où on estimait jusqu'à présent qu'il était de médiocre importance. La Grundschild est, en effet, une des institutions du « droit privé où le droit allemand « porte la couronne « qui lui revient, où il n'est plus l'esclave de la reine « romaine », où il peut se donner lui-même en modèle. « Il est donc du plus haut intérêt de mettre en pleine « lumière le joyau que nous possédons dans notre droit « national, et de faire connaître combien la dette foncière est conforme aux idées actuelles et répond aux « aspirations modernes. »

(1) A. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, Vorwort,

CHAPITRE II

UN PRÉCÉDENT HISTORIQUE. — LE DÉCRET DU 9 MESSIDOR AN III

La théorie de la dette foncière n'est pas, comme on pourrait le croire, la création originale du droit allemand. Non seulement elle a eu des précédents dans nombre d'Etats germaniques et en Suisse, mais en France même on a déjà tenté de l'organiser. Deux lois françaises qui sont aujourd'hui presque oubliées, le code hypothécaire du 9 messidor an III et la loi sur les déclarations foncières de la même date proclamaient déjà, à la fin du XVIII^e siècle, la double réforme qu'ont cherché à réaliser les lois prussiennes de 1872 et le nouveau Code allemand et qui consiste à organiser la publicité et la mobilisation de la propriété foncière. Est-il nécessaire d'ajouter que les rédacteurs du Code allemand ne songent pas à se réclamer des lois françaises et affectent d'en ignorer jusqu'à l'existence. Les quelques lignes que nous citons en terminant le Chapitre Premier le prouvent d'ailleurs surabondamment. Pour eux l'expérience ne compte guère ; ils considèrent le droit comme une science d'abstraction pure et c'est uniquement aux législations en vigueur en Alle-

magne, droit romain et droit germanique, qu'ils ont voulu emprunter les éléments de leur nouveau Code.

La « cédule hypothécaire », dont le décret du 9 messidor an III autorisait l'émission, était une sorte de chèque foncier, remboursable à vue. Tout propriétaire foncier avait le droit de prendre hypothèque sur lui-même, de prendre inscription sur son propre immeuble jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur de ce bien. Le propriétaire devait, à cet effet, déposer, dans les formes prescrites par la loi, la déclaration foncière de ses immeubles et en justifier au conservateur des hypothèques qui lui délivrerait alors une ou plusieurs cédules, transmissibles par endossement et valables pour un temps déterminé ne pouvant excéder dix ans. Ces cédules constituaient donc de véritables assignats privés ; le conservateur des hypothèques était garant de la valeur capitale annoncée par la cédule (art. 36, n° 1), et on s'imaginait que ces assignats pourraient jouer le rôle de monnaie et circuler comme des effets de commerce.

Ce système était atteint de différents vices qui devaient forcément empêcher son fonctionnement. Le vice capital était de vouloir faire évaluer officiellement la propriété. Pour donner sécurité aux porteurs des cédules on avait rendu le conservateur des hypothèques responsable à la fois de la valeur du bien hypothéqué et du montant des hypothèques antérieures ; or cette responsabilité était intolérable. Le législateur avait,

d'ailleurs, prévu un conflit possible entre le propriétaire qui requérait les cédules et le conservateur ; aussi pour empêcher ce dernier d'échapper à la responsabilité d'une évaluation mal faite, il avait institué une procédure d'expertise qui serait contradictoire entre le conservateur et le propriétaire. Cette procédure était lente, compliquée et coûteuse ; elle n'offrait en un mot que des inconvénients.

L'article 48 du décret de messidor est ainsi conçu :

« Dans les cas où le conservateur des hypothèques
« prétendrait qu'il y a forcément de valeur dans la dé-
« claration foncière du bien du requérant, il en sera fait
« estimation par experts à sa diligence. »

Et cet article est suivi de dispositions minutieuses fixant les règles qui devront présider à l'expertise et à la tierce expertise.

À lire tous ces textes, à voir le luxe de détails dont l'opération était entourée, on se rend compte que le but poursuivi par le législateur avait été de mobiliser le capital foncier d'un seul coup par la création de bons fonciers portant pour ainsi dire leur valeur en eux-mêmes, qui devaient jouer le rôle de monnaie et circuler de la même façon.

Les cédules hypothécaires ne devaient d'ailleurs pas porter d'intérêts, ce qui prouve bien que l'intention du législateur avait été de faire entrer le sol lui-même en circulation. Le bon foncier n'avait nullement pour but de fournir à la propriété foncière de nouveaux capitaux,

moyennant une légitime rétribution, il devait uniquement servir de monnaie, on devait payer en cédules comme on paye en numéraire.

Or c'était là un nouveau vice du système ; dès qu'un prêteur est obligé d'immobiliser ses capitaux pendant un certain temps, dès qu'il ne lui est pas possible de rentrer rapidement dans les fonds qu'il a avancés, il faut une rémunération du capital. Le billet de banque ne produit pas d'intérêts, mais il est immédiatement remboursable ; au contraire le bon foncier du décret de messidor ne pouvait être immédiatement converti en argent de la part du débiteur, il aurait donc dû, comme la lettre de change et le billet à ordre qui produisent des intérêts sous forme d'escompte, fournir une rémunération pour le capital engagé dans l'opération.

La réalisation du gage offre, d'ailleurs, toujours des risques. On ne peut savoir, en effet, lors de la mise en vente, si on retrouvera tout le capital prêté. Le législateur avait, il est vrai, prévu une estimation officielle de la propriété, mais la propriété foncière subit, selon le temps et les circonstances, des fluctuations souvent considérables ; au bout d'une vingtaine d'années la valeur d'un immeuble aurait pu diminuer dans de fortes proportions, et il n'eût pas été possible raisonnablement de rendre responsable le conservateur qui avait autrefois fait l'estimation et, par conséquent, rien que pour ce dernier motif les cédules hypothécaires eussent dû porter intérêts.

Le décret de messidor an III, contrairement à une opinion assez généralement répandue, a été appliqué.

M. Georges Rondel l'avait déjà démontré dans une étude qu'il a publiée en 1888 sur la mobilisation du sol (1), mais plus récemment, en 1893, M. Flour de Saint-Genis a retrouvé, dans les archives du premier bureau des hypothèques du département de la Seine, une série de vingt volumes ayant servi à l'accomplissement des formalités hypothécaires du 17 frimaire an IV au 9 germinal an VII (2). Il y a constaté l'existence de 8.827 articles passés en conformité de la nouvelle loi, et il conclut en disant que « le mouvement des affaires a été considérable » et que « le nouveau système semble avoir possédé la faveur du public » ; déclaration d'autant plus intéressante à retenir que le système organisé par l'édit royal de juin 1771 et la loi du 9 septembre 1790 fonctionnait simultanément avec le décret de messidor, en sorte que les intéressés avaient le droit de choisir entre les deux législations.

On ne peut affirmer, cependant, que l'expérience ait été faite d'une façon décisive. Il est même certain que le Code hypothécaire de l'an III ne reçut, en définitive, qu'une application assez limitée.

Nous ne voulons pas entrer ici dans un examen plus

(1) *La mobilisation du sol*, par Georges Rondel, Paris 1888, p. 150 et s.

(2) *Les vieilles archives d'un bureau d'hypothèques à Paris*, par Flour de Saint-Genis (Extrait des *Annales de l'Enregistrement*, 3^e série, année 1893).

approfondi du décret de messidor qui nous entraînerait hors des limites de notre sujet. La législation de l'an III a, d'ailleurs, fait l'objet de divers travaux (1) ; nous nous bornerons donc, chemin faisant, à signaler les ressemblances ou les différences les plus intéressantes existant entre la dette foncière et les cédules de l'an III. Il était nécessaire cependant de ne pas laisser inaperçu ce précédent historique. La dette foncière n'est pas une création du droit allemand ; c'est la législation révolutionnaire qui, la première, a institué sous le nom d'hypothèque sur soi-même cet instrument de crédit d'une hardiesse et d'une originalité si singulières. La loi prussienne du 5 mai 1872 n'a fait qu'exagérer l'idée qui se trouvait dans le Code de l'an III. Elle lui a donné une formule précise : l'indépendance de l'hypothèque.

Ce qu'il y a de plus méritoire et aussi de plus étrange dans l'œuvre du législateur allemand, c'est d'avoir su faire accepter un système, qu'on a toujours réprouvé en France comme une utopie révolutionnaire, par les propriétaires fonciers du pays de l'Europe où se sont le mieux conservées jusqu'ici les traditions féodales. Le caractère démocratique de cette réforme n'a, d'ailleurs, pas échappé au législateur prussien ; le projet de la loi de 1872 a rencontré en Prusse devant la Chambre des Seigneurs de vives résistances, et lors de la rédaction du Code impérial, l'institution de la dette foncière a encore été sérieusement combattue.

(1) Cf. notamment Challamel, *Cession des créances hypothécaires*, thèse, Paris, 1878.

CHAPITRE III

LA DETTE FONCIÈRE DANS LA NOUVELLE LÉGISLATION ALLEMANDE

L'article 1191 (1) du Code civil allemand, le premier de ceux qui traitent de la dette foncière, est ainsi conçu :

« *La dette foncière est une charge en raison de la-
« quelle un immeuble est tenu, au profit de l'ayant
« droit, du paiement d'une certaine somme (Grund-
« schuld).* »

« *La charge peut aussi être constituée de manière
« que les intérêts de la somme, ainsi que d'autres pres-
« tations accessoires soient payables sur l'immeuble. »*

Cet article est identique au paragraphe 1100 du Projet II. Il est l'article principal de la matière ; malheureusement le Code allemand n'a pas défini la dette foncière. Les rédacteurs du Code civil ont en effet posé en principe que la loi ne devait pas faire œuvre de science, que son but était uniquement de régler, et c'est pourquoi ils ont laissé à la doctrine le soin de donner une définition de la Grundschild.

Les dispositions législatives concernant la dette fon-

(1) *Code civil allemand*, Livre III, section VIII, titre II, *Grundschild*, articles 1191 à 1198.

cière reposent cependant sur certains principes juridiques fondamentaux, et il est facile de reconnaître quelle a été la pensée du législateur et les idées générales qui l'ont guidé.

Indépendamment du Code civil qui ne traite d'ailleurs pas seulement de la dette foncière dans les articles réunis sous cette rubrique, mais qui contient encore dans d'autres chapitres plusieurs dispositions relatives à la *Grundschild*, il existe différents textes concernant notre sujet dans la loi d'introduction (*Einführungsgesetz*) et dans diverses lois de l'Empire, notamment la *Grundbuchordnung*, la *Civilprozessordnung*, et les lois sur l'exécution forcée.

Dans ces différentes lois et dans le Code civil même, le mot « *Grundschild* » n'est pas toujours employé avec le même sens. Tantôt, dans un sens large, comme dans la rubrique du titre II, cette expression sert à désigner le rapport juridique créé par l'inscription de cette charge foncière ; tantôt, en un sens plus étroit, elle sert à dénommer soit le droit appartenant à celui au profit duquel la charge existe (art. 1080) (1), soit la dette en argent dont l'immeuble est grevé (Cf. art. 2168) (2).

(1) ART. 1080. — Ce qui est dit de l'usufruit d'une créance s'applique également à l'usufruit d'une dette foncière ou d'une vente foncière.

(2) ART. 2168. — Lorsque sur plusieurs immeubles faisant partie d'une succession il existe une dette foncière solidaire ou une rente foncière solidaire, et que l'un de ces immeubles est légué, le légataire, en cas de doute, est obligé envers l'héritier de payer le créancier jusqu'à concurrence de la partie de dette ou de rente qui répond

C'est ainsi que les *Motifs* emploient le mot Grundschild dans le second sens (cf. p. 779). « La Grundschild est un droit indépendant » ou « elle est un droit restrictif de la propriété ».

Dans le Code civil la Grundschild est placée dans les droits réels. Si on prend le terme de Grundschild au sens de droit, il n'est pas douteux qu'elle soit bien un droit réel. Les *Motifs* (1) font remarquer que dans les législations en vigueur avant le Code de 1900 la dette foncière était déjà comprise dans la catégorie des droits réels, et ils la mentionnent également au nombre de ces droits. Le Code civil a adopté la même manière de voir ; après avoir défini (cf. art. 873) le droit réel comme « une charge sur une chose », comme « grevant cette chose », le Code, parlant de la Grundschild, nous dit qu'« un immeuble peut être grevé d'une dette foncière ». Le Code allemand considère le droit réel comme saisissant la chose elle-même, comme un droit dont l'essence est de donner à celui, au profit duquel il existe, un pouvoir direct sur la chose. C'est la pensée exprimée dans l'article 1191 que nous venons de citer, et nous la retrouvons encore dans les articles 2165 et 2168 d'après lesquels la Grundschild « repose » sur un immeuble, « affecte » un immeuble.

Le Code civil allemand considère-t-il cependant la

à la proportion entre la valeur de l'immeuble légué et celle de tous les autres immeubles.

(1) *Motifs*, t. III, p. 3.

Grundschild comme un droit réel spécial ou comme une variété du droit de gage ?

Le chapitre ix au titre des droits réels du premier projet est intitulé : *Pfandrecht und Grundschild*. Il comprend, sous la rubrique *Du droit de gage et de la dette foncière*, le droit de gage immobilier (hypothèque) aussi bien que le droit de gage sur les meubles — « *Pfand* » en allemand, a le sens très général de *pignus*. Nous traduisons donc, faute d'une expression française plus précise et plus compréhensive « *Pfandrecht* », par droit de gage, en prenant le mot gage dans son acception la plus étendue.

La Grundschild forme dans ce projet un titre spécial compris entre le titre du droit de gage sur les immeubles (*Pfandrecht an Grundstücken*) et le titre du droit de gage sur les meubles (*Pfandrecht an beweglichen Sachen*). Les *Motifs* (1) critiquent cette méthode et font remarquer qu'elle a le défaut de scinder en deux parties la réglementation du droit de gage. La Grundschild n'aurait, en effet, de commun avec le droit de gage que le but économique qu'elle poursuit ; comme le gage, elle serait une forme de crédit ; elle assurerait le crédit à la propriété foncière ; elle serait, en un mot, la manifestation du crédit réel. D'après les *Motifs* l'hypothèque et la Grundschild sont donc deux moyens de droit distincts permettant d'atteindre le même but

(1) *Motifs*, t. III, p. 596.

économique. Le Code civil ne contient, on le sait, aucune théorie générale du droit de gage ; il ne renferme pas davantage de dispositions générales énumérant les différentes formes qu'il peut revêtir. Selon la terminologie qui a prévalu, le nom de gage (*Pfandrecht*) a, d'ailleurs, été réservé à l'affectation mobilière et aucun terme spécial ne désigne dans le Code le droit de gage *lato sensu*. On serait donc tenté de croire que le législateur allemand considère la dette foncière comme un droit réel indépendant.

Telle ne paraît cependant pas avoir été la pensée des rédacteurs du Code. La nouvelle législation allemande ne reconnaît, d'ailleurs, pas non plus expressément à l'hypothèque le caractère d'un droit de gage, et pourtant il n'est pas douteux qu'elle la considère bien comme tel. Il suffit, au surplus, pour s'en convaincre, de comparer entre eux les articles 873 et 1205, 879 et 1229, 1132 et 1222, 1148, 1157 et 1248, 1254 (1).

Or l'hypothèque et le droit de gage sont des charges ; l'hypothèque et le droit de gage ont le même but : servir de sûreté à une créance. Dans l'hypothèque comme dans le droit de gage on trouve une délégation du propriétaire au créancier : le propriétaire délègue sa chose au créancier pour qu'en cas de non-paiement ce dernier puisse se payer sur la valeur de cette chose.

(1) Cf. Dernburg a. a. D., p. 577 et suiv. et un passage remarquable d'Eichhorn. *Das immobiliar Pfandrecht im bürgerlichen Gesetzbuch*, III, Berlin, 1898, p. 315 à 318.

De plus, le Code traite de la dette foncière à la suite de l'hypothèque ; la Grundschild est donc placée au milieu même de la réglementation du droit de gage. En outre : 1° la rubrique générale de la section VIII du livre III est libellée de la manière suivante : « De l'hypothèque, de la dette foncière, de la rente foncière ». — 2° Une hypothèque peut être convertie en une dette foncière, et réciproquement une dette foncière en une hypothèque (art. 1177, 1198). — 3° Certaines dispositions relatives à l'hypothèque sont applicables à la Grundschild, et inversement (art. 1192, 1200). — 4° Enfin, d'après les *Motifs* (1) mêmes, la Grundschild, comme le droit de gage, doit garantir au titulaire du droit le paiement d'une certaine somme d'argent qui doit être fournie par l'immeuble. Grundschild et droit de gage doivent donc obéir aux mêmes règles.

Dans une grande quantité d'articles, le Code civil mentionne, d'ailleurs, simultanément l'hypothèque et la Grundschild (2).

La dette foncière est donc, en quelque sorte, une variété de l'hypothèque ; dans les *Motifs* elle est même expressément qualifiée hypothèque (3) et divers passages s'expriment de la manière suivante : «.... le fonds grevé répond de la dette » — « ... le débiteur n'est pas personnellement tenu, le créancier n'a de droits que

(1) *Motifs*, III, p. 596.

(2) Cf. Code civil, articles 896, 952, 2165.

(3) Cf. *Motifs*, III, p. 605, 612.

sur l'immeuble » — « ... La Grundschild est un exemple de créance immobilière, en consentant à l'inscription d'une dette foncière, le débiteur limite son engagement à la valeur de son immeuble ». Nous lisons également dans la *Denkschrift zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches* : « Le propriétaire ne s'engage pas sur tout son patrimoine, mais seulement sur l'immeuble qu'il affecte à la dette. Le projet traite dans un titre spécial de la rente foncière, mais il la considère comme une variété de la dette foncière ; en effet, l'immeuble seul répond de la prestation due au créancier. »

Le Code civil ne contient, il est vrai, aucune disposition portant expressément que l'immeuble est l'objet de la créance ; toutefois un article du premier Projet s'exprimait en ce sens, et il n'y a aucune raison permettant de penser que le législateur ait modifié sa manière de voir. Au surplus, le Code en traitant de l'hypothèque qui, sous la forme d'hypothèque négociable (*Verkehrshypothek*), ne diffère que très peu de la dette foncière, nous dit expressément que « l'immeuble répond de la créance » (1).

Il est certain que la rédaction du premier Projet était beaucoup plus précise que celle de l'article 1191. L'idée d'un droit de gage en résultait nettement, mais au fond les deux rédactions ont le même sens. Sans doute le terme « *Haften* » (grever) employé par le Code n'est

(1) Cf. Code civil, articles 1118, 1121, 1122, 1123, 1132.

pas une expression répondant à un concept juridique précis ; ce n'est pas un terme ayant un sens juridique nettement défini. Le Code civil emploie le mot « *Haf-ten* » à plusieurs reprises ; et le sens dans lequel il est employé dans les différents articles permet, cependant, de conclure que lorsque l'immeuble grevé d'une dette foncière est considéré comme objet de la créance, on veut dire qu'il est destiné à servir d'objet d'exécution ; c'est donc bien l'idée d'un droit de gage qu'on fait ici entrer en jeu. Mais nous arrivons aussi de cette manière à l'idée de caution (*Einständerschaft*), de garantie.

La dette foncière repose, en effet, également sur une idée d'obligation, sur une cause obligatoire. Dans la Grundschild aussi nous retrouvons un titre de créance et un créancier qui obtient satisfaction par l'exécution forcée sur le fonds grevé. Bref, comme le gage dont l'existence implique l'existence d'un créancier qu'il sert à garantir, la dette foncière peut être créée pour servir de sûreté à une créance. Mais à l'inverse du gage il n'est cependant pas forcément nécessaire que la Grundschild serve de sûreté à une créance. Le législateur n'a pas créé la dette foncière dans ce but : sans doute, il peut arriver que la dette foncière serve de garantie à une créance ; ce n'est pourtant pas une nécessité juridique.

Le législateur allemand voit donc dans la Grundschild un droit réel d'un caractère spécial. Au point de vue économique la Grundschild lui apparaît comme

un droit de gage, mais au point de vue juridique, il la considère comme un droit réel particulier.

La dette foncière n'est pas forcément la simple garantie d'un droit de créance ; c'est là le point fondamental que le législateur allemand a eu en vue en traitant de la Grundschild ; c'est la caractéristique même de la dette foncière.

Alors que le droit de gage a pour but de procurer au créancier la satisfaction qui lui est due, alors que le gage implique forcément l'existence d'une créance qu'il sert à garantir, la dette foncière au contraire est dépouillée de tout caractère accessoire. Comme nous l'avons dit, à côté de la Grundschild il *peut* y avoir une créance ; les parties *peuvent* convenir entre elles qu'une créance sera garantie au moyen d'une dette foncière. Cependant, une convention de ce genre n'est qu'un *motif* pour lequel on constitue une dette foncière, ce n'est jamais une nécessité.

La Grundschild a sa cause uniquement en elle-même ; elle doit procurer au créancier une certaine somme d'argent à recouvrer sur l'immeuble, et cela, qu'il y ait une personne obligée au paiement ou qu'il n'y en ait pas ; elle est « la forme juridique du pur crédit réel ». La Grundschild ne dépend pas d'une créance. Elle ne présuppose pas une créance ; et c'est pourquoi l'article 1192 du Code civil s'exprime de la manière suivante :

« Sont applicables à la dette foncière les dispositions

*« concernant l'hypothèque, à moins que le contraire ne
« résulte de ce principe que la dette foncière ne suppose
« pas l'existence d'une créance. »*

La Grundschild ne sert donc pas à garantir une créance. Elle est indépendante de toute idée de créance ; l'immeuble seul est tenu, le propriétaire ne doit rien au-delà. Mort le gage, morte la dette. La Grundschild se prête à un engagement limité.

C'est l'idée que l'on veut exprimer lorsque l'on énonce que la dette foncière est un droit indépendant ou une hypothèque indépendante. Le but, la raison d'être de la Grundschild consiste à offrir une transmission rapide et sans formalité des titres hypothécaires ; et cette cession facile est réalisée en enlevant à l'hypothèque son caractère accessoire.

Cependant, ainsi que le reconnaît l'article 53, § 2, de la loi sur l'exécution forcée, une créance personnelle a pu se trouver à l'origine de la dette foncière, mais peu importe qu'elle subsiste. Par suite, si la Grundschild a été stipulée comme sûreté d'une créance, le droit du créancier sur la dette foncière n'est nullement atteint si la créance n'est pas valable ou s'éteint. C'est l'idée que nous retrouvons exprimée à l'article 1177 du Code civil :

*« Lorsque l'hypothèque se réunit à la propriété sur la
« tête d'une même personne sans que la créance passe
« également au propriétaire, elle se transforme en une
« dette foncière. »*

Pour arriver à organiser la transmission rapide et sans formalité du titre de dette foncière, il fallait nécessairement enlever à la Grundschild tout caractère de rapport personnel qui eût été un obstacle à la réalisation facile du crédit immobilier. Aussi la loi ne prend-elle, à aucun moment, en considération un rapport direct de personne à personne. Dans la dette foncière nous ne sommes pas en face d'une personne qui soit tenue en vertu d'une obligation ou, ce qui est identique, qui soit personnellement tenue.

Les *Motifs* sont formels sur ce point, et dans tout le titre II au surplus, le Code ne parle à aucun moment d'un débiteur. Le propriétaire qui, en fait, peut être débiteur mais qui ne l'est pas forcément, ne joue pas le rôle d'un débiteur dans le droit de la dette foncière ; il est un propriétaire. Aussi le Code a repoussé l'expression de débiteur de la dette foncière (*Grundschildner*) et ne parle que du propriétaire.

Le législateur allemand n'admet même pas que le propriétaire soit tenu en vertu d'une obligation imparfaite, qu'il soit un débiteur naturel. Et c'est pourquoi l'article 1194 stipule que le paiement du capital ainsi que des intérêts et autres prestations accessoires doit se faire, à moins de stipulation contraire, au siège du bureau foncier, alors que l'article 269, parlant de l'exécution d'une prestation due en vertu d'une obligation, fixe comme lieu du paiement le lieu où le débiteur était domicilié lors de la naissance de la dette.

D'autre part, le Code se refusant à reconnaître un *Grundschedner*, un débiteur de la dette foncière, le propriétaire ne peut invoquer aucune des exceptions que peut faire valoir ordinairement un débiteur.

Les articles 65 et 69 de la *Grundbuchordnung* nous donnent un exemple de l'abstraction complète qui est faite ici de tout rapport personnel ; suivant ces articles, le titre de créance lié à la lettre hypothécaire doit être détaché de la lettre lorsque, d'après l'article 1177, alinéa 1, ou 1198 du Code civil, on constitue une dette foncière ou une rente foncière à la place d'une hypothèque et qu'on ne se propose pas de concéder une nouvelle lettre. On doit également rendre la lettre hypothécaire inutilisable quand, à la place d'un *Hypothekenbrief*, on concède un *Grundscheddbrief* ou un *Rentenscheddbrief*. Il faut, en ce cas, détacher le titre de dette jusqu'alors lié à la lettre et, s'il ne doit pas être lié à la nouvelle lettre hypothécaire, comme c'est le cas dans la dette foncière, il doit être restitué au débiteur.

Il n'y a donc dans la *Grundsched* qu'un *Grundschedberechtigten*, un ayant droit à la dette foncière, un titulaire de la dette foncière. L'article 1191 n'emploie pas d'autre expression parce que, d'après la conception du Code, l'ayant droit à la dette foncière n'a pas d'action personnelle, mais une action réelle.

On ne peut cependant s'empêcher de remarquer que dans ce droit réel, dans lequel le Code civil ignore par

principe tout rapport juridique personnel, il entre malgré tout une idée obligatoire. Dans le chapitre de la dette foncière, il est question en effet de « payer », de « prester », de « produire des intérêts » ; après la dénonciation préalable entraînant l'échéance de la dette foncière il peut y avoir lieu éventuellement à exécution forcée pour payer l'ayant droit. Ce dernier se comporte donc comme un créancier et l'article 952 du Code civil range, d'ailleurs, la Grundschild au nombre des droits « en vertu desquels on ne peut exiger une prestation ».

Cet article fait naturellement comprendre qu'il s'agit ici de quelque chose de différent d'une créance personnelle. L'action qui naît de la dette foncière est cependant, jusqu'à un certain point, une action obligatoire, une action personnelle. Dans la *Civil Processordnung* il est dit à plusieurs reprises que l'action résultant de la Grundschild est une action qui a pour but le paiement d'une certaine somme d'argent et que, par suite, diverses dispositions relatives aux obligations sont également applicables à la dette foncière. Nous retrouvons cette idée exprimée dans les *Motifs* (1) qui posent la question de savoir si la ressemblance existant entre le rapport juridique résultant d'une dette foncière et le rapport juridique résultant d'une dette personnelle ne commanderait pas d'appliquer à la Grundschild toutes les dispositions générales concernant les dettes personnelles.

(1) *Motifs*, t. III, p. 780.

Les prescriptions relatives à l'usufruit d'une créance sont également applicables à l'usufruit d'une dette foncière ou d'une rente foncière. Les intérêts de la Grundschuld sont régis par les dispositions relatives aux intérêts des créances hypothécaires. A la lettre de dette foncière émise au porteur il y a lieu d'appliquer, par analogie, les dispositions relatives aux obligations au porteur. Les prescriptions relatives au droit de gage sur une créance sont également applicables au droit de gage sur une dette foncière ou une rente foncière. De même, les articles relatifs à l'exécution forcée d'une créance garantie par une hypothèque sont applicables à l'exécution forcée en matière de dette foncière ou de rente foncière.

Il est à remarquer de plus que certains articles, tout en faisant abstraction d'un rapport d'obligation, parlent cependant d'un débiteur ou d'un répondant d'une dette : — « L'immeuble est tenu des intérêts (§ 1003 du projet I, alinéa 3) ». — Dans la Rentenschuld du Code civil « le débiteur est tenu du paiement d'une rente » ; — « l'usufruitier est tenu vis-à-vis du propriétaire de supporter les intérêts des dettes foncières ainsi que les arrérages des rentes foncières » (art. 1047, Code civil). — « Lorsque sur plusieurs immeubles faisant partie d'une succession, il existe une dette foncière solidaire et que l'un de ces immeubles est légué, le légataire en cas de doute est *obligé* envers l'héritier de payer le créancier jusqu'à concurrence de la partie de dette ou

de rente qui répond à la proportion entre la valeur de l'immeuble légué et celle de tous les autres immeubles » (1).

D'après les *Motifs* les besoins de la pratique exigent que les intérêts échus d'une Grundschild soient soumis, non aux longues prescriptions des droits réels, mais aux prescriptions ordinaires du droit des obligations ; « et c'est pourquoi le Code doit poser en principe que le propriétaire de l'immeuble doit les intérêts au créancier » (*Motifs*, p. 790 et suiv.). Citons encore ce passage de l'Exposé des motifs : « Quand le débiteur consent à une inscription et limite son engagement à la valeur de son immeuble, il ne concède pas une hypothèque, mais une dette foncière, et seule une dette foncière peut être inscrite dans ces conditions. »

Pour donner satisfaction à certains besoins pratiques, le Code civil enlève donc par principe à la dette foncière tout caractère accessoire ; elle est par définition indépendante de toute obligation personnelle. Mais, d'un autre côté, le Code considère cependant le droit résultant de la Grundschild comme une sorte de droit de créance, comme un droit à recevoir une prestation. Nous sommes donc ici en présence d'un rapport juridique tout particulier qui repose sur l'idée fondamentale suivante : le créancier doit être payé par l'immeuble, ou autrement dit, l'immeuble est affecté au paiement de la dette.

(1) Code civil, art. 2168.

En vertu de cette affectation, également prévue par l'article 1113 pour la créance garantie par une hypothèque et l'article 1105 pour les charges réelles grevant un immeuble, le créancier sera payé sur le montant de la somme obtenue par la vente de l'immeuble.

Il s'agit donc d'une prestation qui réside dans l'immeuble puisqu'elle ne peut être effectuée que par exécution sur l'immeuble. L'immeuble n'est pas seulement l'objet destiné à servir de prestation, mais il constitue aussi l'objet de la dette : la dette réside dans l'immeuble qui, par suite, est porteur de cette dette, est débiteur. L'immeuble tient donc lieu de personne du débiteur — d'où le nom de *Grundschild* donné à cette institution.

Cette dette si particulière ne peut naturellement avoir pour objet qu'une somme d'argent, et elle a besoin pour exister d'être inscrite au livre foncier.

En résumé, le Code civil allemand considère la dette foncière comme un droit réel spécial, dont le but économique est identique à celui du gage, mais qui, au point de vue juridique, est un droit particulier.

La dette foncière est, d'une part, un droit de gage en ce que l'immeuble est l'objet de l'exécution, répond de la dette ; mais, d'autre part, la *Grundschild* n'implique pas l'existence d'une créance qu'elle servirait à garantir, elle est dépouillée de tout caractère accessoire et, en ce sens, elle n'est pas un droit de gage. La dette foncière, indépendante de toute créance personnelle, est bien plutôt un droit particulier. Une créance,

un rapport d'obligation personnel *peut* exister à côté de la Grundschild, mais ce n'est pas une nécessité juridique.

La Grundschild suppose un créancier de la dette foncière dont le droit a pour objet une somme d'argent déterminée. Comme cette dette d'argent est prestée par exécution sur l'immeuble, l'immeuble est porteur de la dette. Tout en répondant de la dette, l'immeuble contient la dette qui, par son inscription au livre foncier, devient la dette foncière.

Le droit de la Grundschild dans la législation impériale comprend donc :

- 1° Un créancier ;
- 2° Une somme d'argent déterminée, objet de la prestation due ;
- 3° Un immeuble déterminé, objet d'exécution, répondant de la dette et, par suite, débiteur de la prestation ;
- 4° Le propriétaire de l'immeuble en cette qualité.

La Grundschild de la nouvelle législation allemande est, d'une manière générale, conforme à la dette foncière du droit prussien.

Voici cependant les différences principales :

- 1° Dans le droit prussien la Grundschild comporte nécessairement un Grundschildbrief, une lettre de dette foncière ; il n'en est pas de même dans le Code impérial : la délivrance d'une lettre comme pour l'hypothèque est facultative. La dette foncière est donc à volonté *Briefgrundschild* ou *Buchgrundschild*.

2° Le droit prussien admettait la cession en blanc, à découvert, de la dette foncière. Le droit de l'Empire n'autorise pas une cession de ce genre, mais permet, par contre, que la lettre soit délivrée au nom du propriétaire ;

3° La législation prussienne prévoyait des coupons d'intérêts que le bureau foncier délivrait avec la lettre de dette foncière. Le nouveau Code n'en parle pas ; cependant, en cas de dette foncière constituée au nom du propriétaire, il peut en être établi.

CHAPITRE IV

CRITIQUE DE LA LÉGISLATION ALLEMANDE

La dette foncière, telle que la conçoit le Code civil allemand, donne au premier abord l'impression d'une véritable incohérence.

Et, en effet, la *Grundschild* comprend une dette, mais pas de débiteur ; un créancier, mais pas de créance ; une base obligatoire, une prestation, un paiement, une obligation à des intérêts, une dénonciation, une échéance, une exécution forcée, mais cependant ni rapport de dette, ni obligation. La dette foncière est une forme de crédit réel, et pourtant elle n'est pas, au point de vue juridique, un véritable droit de gage. Et cette *Sachschuld*, cette dette d'une chose, cette dette purement réelle a sa place dans une législation qui n'admet pas d'*obligations réelles* et qui, pour cette raison même, ne traite pas du droit de gage à propos du droit des obligations. On a donc bien l'impression de se trouver en présence d'une véritable énigme dont on rechercherait vainement la solution.

Le Code civil a emprunté au droit prussien la dénomination de *Grundschild*. On ne peut qu'approuver ce choix. Le mot *hypothèque*, ou l'expression peut-

être plus explicite de droit foncier (*Grundrecht*) eussent été inexactes. Cependant, étant donnés les principes qui régissent le nouveau Code, on s'explique difficilement que le mot de *Grundschild* ait pu être choisi. Et, en effet, la dette foncière est, par définition, une pure charge réelle ; elle existe *per se*, indépendamment de toute créance, de toute obligation personnelle ; elle n'est point un droit accessoire garantissant l'exécution d'une convention. Il ne devrait donc, logiquement, pas être question ici d'une dette ; comment le législateur peut-il seulement parler de dette, là où il n'en présume aucune ?

D'une manière générale, d'ailleurs, la rédaction de l'article 1191 n'est pas claire.

Cet article, qui constitue l'article capital de la matière, parle d'un paiement d'une certaine somme d'argent qui doit être fournie par l'immeuble. C'est dire que l'immeuble seul est débiteur. Mais, si nous prenons ce texte à la lettre, il faut pourtant bien reconnaître qu'un immeuble ne peut payer de l'argent, qu'il ne peut que fournir des prestations en nature. Un auteur allemand, Lehmann (1), fait même remarquer à ce sujet que, de toute façon, le créancier ne peut que réclamer son paiement au propriétaire foncier et qu'il n'a nullement à se préoccuper de savoir d'où l'argent sera pris. L'observation n'est cependant pas absolument exacte ;

(1) Lehmann, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, II, 2, p. 263 et 264.

elle serait vraie si le paiement consistait ici en une prestation due par une personne ; mais le Code civil ne se place pas à ce point de vue ; il voit, par définition, dans la Grundschild un rapport direct, exclusif entre une personne et une chose. Par la Grundschild, c'est la terre qui doit, c'est l'immeuble qui est débiteur ; s'il vient à périr, ou plus simplement, si les fonds viennent à manquer lors de la distribution du prix, le créancier non payé n'a aucun recours contre le constituant de la dette foncière qui, contractuellement, ne lui a jamais rien dû. Le propriétaire constituant n'est donc que le tiers détenteur de sa propre chose. Quoi qu'il en soit pourtant, il est certain que l'idée d'un paiement s'accorde mal avec la notion du droit réel, et, en cela, la rédaction du premier Projet était préférable, car elle ne parlait pas d'un paiement.

La rédaction de l'article 1191 éveille encore l'idée que la dette foncière est la forme principale des charges immobilières, qu'elle est au-dessus de l'hypothèque. Or ce n'est certainement pas la manière de voir du Code : en ce cas, en effet, la Grundschild aurait été placée en tête de la section VIII et sa réglementation ne se trouverait pas, en quelque sorte, en appendice à l'hypothèque. La commission de rédaction du Code avait, il est vrai, hésité à prendre parti sur la question de choisir comme type l'hypothèque ou la dette foncière ; aussi avait-elle établi deux projets, prenant respectivement comme types l'une et l'autre forme de

crédit. Mais la seconde Commission elle-même choisit l'hypothèque.

Enfin l'article 1191 est incomplet en un point extrêmement important. Tout en ne voulant pas considérer l'article 1191 comme une définition légale de la dette foncière, on est cependant fondé à y chercher, expressément mentionnée, la nature indépendante de la dette foncière puisque c'est la caractéristique même de l'institution ; or il n'en est rien. En un même article, le Code nous dit que la dette foncière peut être l'accessoire d'une créance et que, cependant, elle est indépendante de toute convention antérieure, qu'elle n'en présuppose pas et ne garantit l'exécution d'aucune. Les termes employés par le législateur ne sont donc pas choisis de manière à rendre plus facile l'intelligence du problème que soulève la dette foncière. Surtout, il ne ressort pas d'une façon nette qu'on ne saurait trouver dans la Grundschild deux rapports d'obligations coexistants. L'un, principal, s'exerçant à l'égard du débiteur, l'autre, accessoire, s'exerçant à l'égard de la chose, et pouvant accidentellement se séparer l'un de l'autre.

Presque toujours pourtant, la dette foncière est constituée à raison de quelque obligation personnelle existant entre le constituant et l'acquéreur. En effet, à côté de la Grundschild et pour en expliquer la création, il faut nécessairement qu'une convention soit intervenue entre le propriétaire et le tiers à qui l'immeuble est affecté. Ce n'est donc que par une pure fiction juri-

dique que le lien d'obligation s'évanouit pour ne laisser subsister qu'une relation purement réelle entre l'ayant droit et l'immeuble démembré. Les cas où la dette foncière existe en soi, indépendamment de toute créance, sont des exceptions. Or le législateur allemand fait dériver les caractères essentiels de la dette foncière non des cas normaux dans lesquels elle est constituée, mais des cas exceptionnels où elle peut se présenter.

En s'appuyant sur des exceptions pour construire juridiquement le concept de la dette foncière, on s'expose fatalement à aboutir à des résultats inexacts.

Contrairement à la conception du Code allemand, suivant laquelle il *peut* y avoir à la base de la dette foncière un lien d'obligation entre le propriétaire et le tiers acquéreur, nous croyons que dans tous les cas il existe à côté de la Grundschild une convention personnelle.

Et, en effet, dans la vie pratique toute charge réelle doit avoir une cause ; pour pouvoir recourir à l'exécution forcée sur l'immeuble, à la *Zwangsvollstreckung*, il faut que le tiers ait droit à un paiement ; une Grundschild est constituée parce qu'on doit à un créancier à raison d'un prêt, d'une vente, etc... Le propriétaire a été originairement l'emprunteur ; l'emprunt est le motif de la constitution de la Grundschild.

Une certaine somme d'argent, un immeuble, tels sont les deux facteurs essentiels de la dette foncière. Mais quel est le véritable objet de la Grundschild ? C'est évi-

demment la somme d'argent ; c'est la somme d'argent que l'ayant droit veut et doit obtenir, ce n'est pas l'immeuble. Voici, d'ailleurs, la formule de constitution d'une dette foncière qui implique nettement cette idée :

« *Le soussigné consent à ce que sur l'immeuble désigné au livre foncier, tome..., la Grundschild suivante soit inscrite au livre foncier..... Marks, etc....*
« *A l'échéance de la Grundschild le créancier s'oblige,*
« *si la demande lui en est faite par le propriétaire, à*
« *céder la dette foncière à un tiers qui lui désignera*
« *contre versement du montant de la somme pour laquelle elle a été constituée et ce sans se rendre caution et aux frais du propriétaire. »*

S'il n'y avait pas de dette, il ne pourrait être question de paiement d'une somme d'argent ; la prestation de cette somme d'argent ne pourrait d'ailleurs pas, en ce cas, anéantir ou faire échouer l'action réelle et fonder un droit à la radiation de la charge réelle sur le livre foncier. D'après le Code la Grundschild doit être recouvrée sur l'immeuble par la voie de l'exécution forcée. Si donc nous prenons à la lettre les termes employés par le législateur, la dette foncière se réaliserait pratiquement en un paiement fait au moyen d'un prélèvement sur la valeur de l'immeuble. Or il n'en est presque jamais ainsi. La somme d'argent, dont s'agit, est, en effet, ordinairement payée par une personne. Ce n'est que si le paiement n'a pas lieu qu'on a recours à l'exécution forcée sur l'immeuble.

Bref, le législateur allemand, qui a voulu se placer à un point de vue essentiellement pratique, aboutit à ce résultat singulier que, précisément en pratique, la dette foncière n'est nullement payée ainsi que son caractère l'exigerait ; en fait, la *Grundschuld* ne se réalise pas en une *Grund Schuld*.

En traitant de la dette foncière, le législateur allemand s'est laissé guider par le principe de l'obligation de la chose ; or cette idée que la chose est débitrice (*Schuldnerschaft der Sache*), que la chose est grevée de la dette, est porteur de la dette, est aujourd'hui abandonnée ; elle n'est plus défendue par la doctrine récente (1). La personnification de la chose a été, et avec raison, considérée comme une monstruosité juridique. Un immeuble est incapable d'avoir une volonté, une intention ; il ne peut donc posséder les caractères de la personnalité juridique. L'idée de personnalité suppose une force productive, se présentant avec une forme particulière et une capacité juridique que l'on ne peut imaginer ici. Admettre l'existence d'une dette réelle, d'une *Sachschuld*, c'est aller à l'encontre des besoins du crédit réel. Le propriétaire foncier serait, en ce cas, le représentant de sa chose ; mais a-t-il jamais en l'intention de se comporter comme un représentant de son immeuble ; ses droits sont-ils limités comme devraient l'être ceux d'un représentant ou

(1) Cf. Meibom, *Hypothekenrecht*, p. 38 ; Heidenfeld, *op. cit.*, p. 116 ; Achilles, *op. cit.*, p. 119.

d'un mandataire ? Seule une personne peut être débitrice ; une chose ne peut que servir de garantie, de gage pour procurer au créancier la satisfaction qui lui est due. Il ne saurait être question ici d'admettre un principe de réalité (*Dinglichkeit*) spécial au droit allemand. Le droit réel, en effet, est indépendant du droit positif ; ce n'est pas une notion romaine ou germanique, c'est une notion scientifique.

La *Denkschrift zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches* dit en parlant de la dette foncière (1) : « Le propriétaire est tenu sur son immeuble. » Cette formule est manifestement contraire à la conception du Code qui ne veut reconnaître dans la Grundschild ni débiteur, ni responsabilité personnelle. Mais nous avons ici une preuve de l'existence d'une responsabilité personnelle limitée qu'il faut distinguer de la responsabilité de la chose. L'existence d'une dette nous est, d'ailleurs, encore prouvée par l'emploi fréquent dans les textes législatifs de termes appartenant au droit des obligations, comme notamment les expressions de « dette » et de « créancier ». A la base de la dette foncière il y a forcément toujours une obligation. De quelle autre origine provient la « *Verpflichtung* », l'engagement de l'article 2168 du Code civil ? Pourquoi l'article 53, § 2, de la loi sur l'exécution forcée fait-il subitement surgir un débiteur. Comment peut-il être

(1) *Denkschrift zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches*, p. 22.

question d'intérêts si on ne suppose, tout d'abord, une obligation préalable ?

Le législateur fait, d'ailleurs, lui-même échec au principe qu'il a adopté lorsqu'il déclare que « le propriétaire foncier doit les intérêts au créancier foncier ». De plus, les travaux préparatoires ne cessent de répéter que le but essentiel de la dette foncière est de servir aux besoins du crédit. La Grundschild, y est-il dit, doit avoir le même but économique que le gage ; elle est une institution juridique destinée à avoir le même but économique que l'hypothèque qui, juridiquement, cela n'est pas douteux, est un droit de gage. Or comment cela serait-il possible si la dette foncière ne se rattachait pas au droit des dettes et des obligations ? Si le fonds grevé est considéré comme « tenu », il faut cependant qu'il y ait une dette ; il n'y a pas, en effet, de responsabilité sans cause, et la cause ne peut être ici qu'une dette. Nous en trouvons une preuve, au surplus, dans ce fait que la dette foncière peut être aussitôt transformée en une hypothèque et que, à côté de la dette foncière, il peut y avoir une responsabilité personnelle fondée sur une obligation. Lors des débats qui eurent lieu au sujet de la dette foncière, on a, d'ailleurs, souvent parlé involontairement d'une dette et, en doctrine même, la plupart des auteurs font remarquer qu'à la base de la Grundschild il y a « *toujours* » ou au moins « *très souvent, normalement, la plupart du temps* » une obligation (1).

(1) Cf. Rocholl, *Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts*, I, Breslau, 1883, p. 254.

Du moment qu'on admet l'existence d'une dette, il faut nécessairement que la dette foncière serve de garantie à une créance. Le Code part d'un principe faux en considérant la dette foncière comme détachée de toute obligation antérieure, comme indépendante de toute relation personnelle. C'est une erreur que de considérer la dette foncière comme un droit de gage au point de vue économique seulement, et non au point juridique. La dette foncière n'est pas un droit réel particulier, un droit réel *innommé* comme le Code civil cherche à le faire croire. Ainsi que l'indique son nom, la dette foncière est une dette, et c'est justement parce qu'elle est une *dette* qu'il est inexact de la définir comme étant un droit réel ; une dette n'est jamais réelle.

Le Code civil allemand a donc classé à tort la dette foncière au nombre des droits réels ; elle n'en fait pas partie. Son caractère de sûreté lui assigne sa place dans le droit de gage qui lui-même, d'ailleurs, ne devrait pas faire partie des droits réels et devrait être placé dans le droit des obligations.

En France, au lieu d'étudier le nantissement en même temps que le régime hypothécaire, on le relègue en général dans la théorie des obligations sous la rubrique « *des contrats de garantie* ». On n'accorde guère, en effet, le caractère de droits réels qu'à l'hypothèque et aux privilèges sur les immeubles, car seuls ils engendrent le droit de suite. Les privilèges sur les meu-

bles sont considérés comme des droits de préférence purement personnels, y compris les droits se rattachant à un nantissement qui, s'ils ne sont pas susceptibles d'être exercés par voie de suite contre les tiers détenteurs, peuvent cependant être invoqués contre un tiers acquéreur non encore mis en possession.

En Allemagne, au contraire, on traite généralement à propos des droits réels des diverses formes que peut prendre le gage *lato sensu*. On a été frappé du caractère mixte que présentaient ces institutions, on a vu surtout le lien qui existe entre le créancier et la chose du débiteur ; on a considéré plutôt le droit de rétention que l'absence de droit de suite.

CHAPITRE V

ESSAI D'UNE CONSTRUCTION JURIDIQUE D'UNE THÉORIE DE LA DETTE FONCIÈRE

Le législateur allemand a introduit la Grundschild dans le nouveau Code civil dans un but tout pratique. En décidant la création de bons fonciers il a cherché d'une part à agrandir et à faciliter le crédit immobilier, et il a voulu, d'autre part, offrir aux capitaux de nouveaux placements. Il importe donc, lorsqu'on essaie de construire juridiquement le concept de la dette foncière, de ne pas perdre de vue le but essentiellement pratique poursuivi par les rédacteurs du Code allemand.

Précisons tout d'abord les intérêts auxquels le législateur a voulu donner satisfaction.

Le capitaliste qui fait crédit au propriétaire foncier tient à avoir un titre aisément négociable ; il demande, aussi, que la forme juridique de crédit lui assure la plus grande sûreté possible.

En ce qui concerne son droit de créance, d'une part, le prêteur n'est pas toujours disposé à immobiliser ses capitaux pendant un laps de temps souvent considérable ; il importe donc de lui donner un moyen rapide de rentrer dans les fonds qu'il a avancés. A cet effet, il est nécessaire que le créan-

cier soit à même de pouvoir agir énergiquement pour obtenir la prestation qui lui est due, ou, s'il s'agit de crédit à longue échéance, de pouvoir réaliser à tout moment la valeur économique qui représente son droit en vendant le titre comme une marchandise, comme un effet de commerce, de manière à obtenir ainsi d'une tierce personne la somme qui lui est due. Le créancier tient, en outre, à obtenir le plus de sûreté possible. Il faut donc que le droit du créancier soit transformé en une valeur capable de circuler, indépendante et détachée de la personne du débiteur.

En ce qui concerne, d'autre part, la forme juridique du crédit, le créancier prêteur demande à pouvoir facilement réaliser son gage et à être à l'abri des risques et vicissitudes que présente l'action personnelle dans le crédit à longue échéance.

Il est de l'intérêt du débiteur emprunteur, au contraire, de pouvoir, en cas de besoin, obtenir des fonds sans trop de formalités et de difficultés et de ne pas être obligé de révéler le motif de la dette. Il pourra donc, à l'occasion, être très utile pour lui de pouvoir transformer sa propriété foncière en une valeur capable de circuler, en un titre lui permettant, le cas échéant, d'obtenir des fonds du jour au lendemain. Enfin il peut être de l'intérêt du débiteur, pour maintenir intact son crédit personnel, que non sa personne, mais l'immeuble seul réponde de la dette.

La dette foncière a été créée en vue de répondre à

des besoins et à des intérêts appartenant à deux catégories distinctes, à des intérêts dont les uns ressortissent du droit des obligations et les autres du droit du gage. Par suite, les dispositions juridiques concernant la dette foncière appartiennent pour partie au droit des obligations et pour partie au droit du gage. La Grundschild a donc un caractère double.

La dette foncière n'est pas, en effet, une institution juridique simple, elle est une création complexe. Elle comprend à la fois une dette, et un immeuble qui répond de cette dette.

La dette foncière est une dette. Cependant il n'est question dans le droit de la Grundschild que d'un créancier et d'une dette. Cette dette est payée par la prestation d'une certaine somme d'argent fournie par une personne ; on fait abstraction du motif de la dette et de la personne du débiteur. La dette foncière a pour objet une prestation faite uniquement par un « *payeur* ».

Dans la Grundschild, en effet, ce n'est pas telle ou telle personne déterminée qui doit payer, mais c'est une somme d'argent qui doit être payée ; c'est un créancier qui doit recevoir la prestation à laquelle il a droit ; c'est une dette qui est payée. On ne prend pas en considération le rapport juridique qui existe ou peut exister entre le payeur non débiteur et le véritable débiteur. Presque toujours, évidemment, c'est le propriétaire de l'immeuble qui paiera, mais peu importe qu'il soit débiteur ou non, l'essentiel est que la dette soit payée,

il ne s'agit pas ici de rechercher qui est débiteur. Et d'ailleurs, d'une manière générale, il n'est nullement nécessaire que ce soit le débiteur qui fournisse la prestation due. En droit allemand comme en droit français (cf. l'art. 267 du Code civil allemand), dans tous les cas où le débiteur n'est pas tenu de fournir personnellement la prestation due, cette prestation peut être faite par un tiers. Pourvu que le créancier reçoive la somme qui lui est due, peu importe qui paie. Dans le cas d'une dette foncière le créancier non payé peut, en outre, recouvrer aussitôt le montant de sa créance sur la valeur de l'immeuble.

La Grundschuld n'impliquant aucune obligation personnelle de la part du débiteur, toutes les exceptions concernant une personne déterminée sont exclues du cadre de la dette foncière ; toute compensation devient donc impossible puisqu'il n'existe aucun rapport direct de personne à personne. La dette foncière naît par inscription au livre foncier, elle est, donc, une dette purement abstraite ; elle n'a d'autre fondement que l'inscription sur le Grundbuch et, par suite, elle échappe à toutes les causes d'extinction qui menaçaient l'hypothèque ordinaire du chef de la créance personnelle dont elle constitue l'accessoire.

Bref, dans la Grundschuld il y a une dette ; mais on fait abstraction de la cause de cette dette et de la personne du débiteur pour ne laisser subsister qu'une relation purement réelle entre l'ayant droit et l'immeuble

démembré. L'hypothèque, au contraire, ne peut être que l'accessoire d'une créance ; la cause de la dette et la personne du débiteur sont des éléments qui y tiennent une place considérable.

La dette foncière n'oblige que le gage immobilier ; seul l'immeuble répond de la dette, et si ce gage est insuffisant, l'ayant droit à la Grundschild n'a aucun recours, aucune action personnelle contre le constituant. *Mort le gage, morte la dette.*

La dette foncière existe et vaut par elle-même ; le débiteur qui la constitue renonce donc, par là même, aux exceptions qu'il aurait pu opposer au créancier. D'autre part, le créancier qui accepte la dette foncière sera souvent censé renoncer par là même à son action personnelle comme s'il recevait une *datio in solutum*.

Si le propriétaire et le débiteur sont une seule et même personne, la responsabilité personnelle doit être expressément stipulée même si cette responsabilité doit être indépendante de la dette foncière.

Si le propriétaire et le débiteur sont deux personnes distinctes, il y a lieu de distinguer suivant que le lien obligatoire est, ou non, antérieur à la constitution de la dette foncière.

Dans le premier cas, si le lien obligatoire est antérieur à la constitution de la Grundschild, il y a forcément une responsabilité personnelle préexistante. Si, dans la suite, un propriétaire foncier constitue une dette foncière pour le débiteur, faut-il considérer le propriétaire et le

débiteur comme constituant ensemble cette dette foncière ? Si on admet que le propriétaire et le débiteur constituent la Grundschild ensemble, la responsabilité personnelle disparaît lorsqu'elle n'a pas été expressément maintenue par les parties. Si on admet, au contraire, que le propriétaire et le débiteur n'agissent pas ensemble, il faut considérer le propriétaire comme le fondé de pouvoirs, le mandataire du débiteur et, par suite, la responsabilité personnelle disparaîtra.

Dans le deuxième cas la dette naît immédiatement comme dette foncière. Il ne peut donc y avoir de responsabilité personnelle que si elle a été expressément stipulée.

La constitution d'une hypothèque, au contraire, ne porte aucune atteinte à la responsabilité personnelle.

En résumé la dette foncière est une dette pure, détachée de sa cause et de la personne du débiteur, en ce sens impersonnelle. A cette dette correspond un droit de créance qui, en cas de non-paiement, ne peut porter que sur la valeur de l'immeuble et ne peut s'exercer que jusqu'à concurrence du montant de la Grundschild. C'est là la seule conception qui soit conforme au Code allemand, seule elle tient compte du caractère obligatoire dont cette institution ne peut se passer ; et, tout en maintenant à la dette foncière le caractère d'un droit réel, elle a l'avantage de ne pas transformer la dette en une dette réelle. Nous croyons, en outre, qu'elle donne

une idée exacte du but poursuivi par le législateur en créant la dette foncière, et qui consiste à assurer un droit de créance portant sur une somme d'argent déterminée uniquement au moyen d'un droit réel sur un immeuble.

Nous en arrivons ainsi à définir la dette foncière de la manière suivante :

La Grundschuldest une dette abstraite, constituée par une inscription au livre foncier, détachée de sa cause et de la personne du débiteur, portant sur une somme d'argent déterminée. Le droit du créancier au paiement n'est garantie que par un immeuble déterminé.

L'article 1191 du Code civil allemand devrait par suite être libellé ainsi :

La dette d'une somme d'argent peut être constituée de telle manière que la créance porte non sur l'ensemble du patrimoine, mais uniquement sur tel ou tel fonds déterminé.

Une dette de cette nature naît par inscription au livre foncier.

Des intérêts de la somme d'argent et autres prestations accessoires peuvent être l'objet d'une dette foncière.

Cependant, en aboutissant à cette définition de la dette foncière, une question vient se poser naturellement. Était-il bien utile de créer la Grundschuld, d'imaginer une théorie toute abstraite et de créer un mot nouveau ?

La dette foncière n'est , après tout , qu'une convention à responsabilité limitée. Si singulière qu'elle puisse paraître , cette création germanique n'a rien de contraire aux principes généraux du droit. Une convention peut , en effet , fort bien limiter l'obligation du débiteur hypothécaire : celui-ci n'a qu'à stipuler au contrat qu'il ne sera tenu que sur tel immeuble déterminé et non sur le reste de son patrimoine.

DEUXIÈME PARTIE
LA DETTE FONCIÈRE
INDICATIONS PRATIQUES

Le titre II de la section VIII au Code civil allemand traite de la dette foncière dans les articles 1191 à 1198.

L'article 1191 traite de la constitution et, nous l'avons vu, du caractère juridique de la dette foncière. Les articles 1192 à 1198 contiennent les prescriptions de détail concernant la Grundschild.

Les dispositions qui visent spécialement la dette foncière sont peu nombreuses ; l'article 1192 déclare, en effet, que les dispositions relatives à l'hypothèque sont applicables à la dette foncière, à moins que le contraire ne résulte de ce principe que la dette foncière ne suppose pas l'existence d'une créance.

Ces dispositions spéciales contenues dans le titre II visent, d'une part, l'exigibilité du capital et le lieu du paiement soit du capital, soit des intérêts (art. 1193 et 1194) et, d'autre part, la création de la dette foncière au porteur (art. 1195) et celle de la dette foncière au profit du propriétaire lui-même (art. 1196 et 1197). Enfin l'article 1198 autorise la conversion d'une hypothèque en dette foncière et d'une dette foncière en hypothèque. Pour le reste la Grundschild et l'hypothèque sont soumises aux mêmes règles.

Nous diviserons l'étude de ces dispositions en deux sections. Dans la première nous traiterons des dispositions communes à l'hypothèque et à la dette foncière, et dans la deuxième des dispositions particulières à la Grundschild.

SECTION I

Dispositions communes à l'hypothèque et à la dette foncière.

A. — *Des dispositions relatives à l'hypothèque qui sont applicables à la dette foncière.*

Le Code civil n'énumère pas les dispositions concernant l'hypothèque qui sont ou ne sont pas applicables à la dette foncière. Il laisse aux praticiens et aux juriconsultes le soin de décider, se bornant à leur indiquer l'idée générale qui doit les diriger dans chaque cas.

Dans l'article 1191 le Code donne une définition de la Grundschild identique à celle que renferme l'article 1113 pour l'hypothèque, sauf les mots « *pour l'acquisition d'une créance lui appartenant* ».

En effet, il n'est pas nécessaire, nous l'avons vu, qu'il y ait une créance à côté de la dette foncière.

Pour exister, la dette foncière a besoin tout d'abord d'être inscrite au livre foncier. Comme l'hypothèque, elle peut comporter la délivrance d'une cédula, d'un *Grundschildbrief* (1).

(1) En Suisse, où l'hypothèque indépendante est également en usage,

Le Grundschnldbrief est, à quelques différences près, la reproduction de la cédnle hypothécaire instituée par le décret du 9 messidor an III. C'est un extrait du livre foncier, donnant l'état juridique de l'immeuble sur lequel il porte, c'est une copie abrégée du feuillet de l'immeuble grevé au livre foncier, contenant tous les renseignements nécessaires pour la sécurité du porteur de la lettre foncière. Le Grundschnldbrief indique la somme pour laquelle il a été émis ; cette somme n'est pas limitée comme dans notre ancienne loi de messidor. Toutefois le danger, que pourrait entraîner la lati-

les principes de la publicité germanique ont prévalu, notamment dans les cantons de Bâle, Lucerne, Berne, Appenzell et Unterwald. Il existe entre ces diverses législations des divergences assez sensibles, mais les principes sont presque identiques.

Fidèles à la tradition allemande, tous les cantons exigent l'inscription de l'hypothèque sur les registres publics comme condition de l'existence de ce droit non seulement à l'égard des tiers, mais encore entre les parties. L'hypothèque ne prend naissance qu'au moment où elle est inscrite sur les registres à ce destinés. L'acte contenant l'engagement du débiteur, la description des immeubles et leur estimation est revêtue du sceau de l'ammann de la commune, puis remis au débiteur. Ce titre ou *Pfandurkunde* se négocie à la manière d'une lettre de gage, mais chaque cession doit être notifiée à l'ammann de la commune et inscrite sur les registres hypothécaires.

Nous ne pénétrons pas plus avant dans l'analyse de ces législations cantonales ; ce serait répéter inutilement ce que nous avons dit au sujet de la dette foncière de la loi de 1872. Toutefois il est intéressant de remarquer la tendance, de jour en jour plus marquée ; des cantons helvétiques du Nord-Est à se diriger vers la théorie allemande des livres fonciers. Cette tendance s'est, d'ailleurs, affirmée à nouveau dans le projet du Code civil fédéral par lequel la Suisse paraît vouloir s'engager nettement dans la voie suivie par l'Empire d'Allemagne.

tude laissée à cet égard au propriétaire, est atténué, jusqu'à un certain point, par l'obligation imposée au juge-conservateur de faire connaître dans la lettre le prix d'acquisition de l'immeuble pendant les dix dernières années, les estimations officielles et celles des contrats d'assurances ainsi que le montant des hypothèques existantes. Grâce à ce procédé, le créancier prêteur connaît d'une façon précise le rang qui lui est attribué sur le fonds par la série des inscriptions prises avant la sienne.

Dans le droit prussien de 1872 la Grundschild comportait nécessairement un Grundschildbrief. Il n'était pas permis de renoncer à ce titre qui conférait au créancier le droit de disposer de la créance, même par endossement en blanc. La créance s'incarnait en quelque sorte en cette lettre de gage. Le juge-conservateur devait, immédiatement après l'inscription de la Grundschild au livre foncier, constater et reproduire cette inscription dans la lettre de dette foncière qu'il délivrait au propriétaire. Le créancier n'était saisi de son droit à l'égard des tiers qu'à partir du moment où il détenait la cédule ; jusque-là il n'avait contre le propriétaire débiteur qu'une action en délivrance du *Grundschildschein*. La Grundschild présentait à ce point de vue une différence essentielle avec l'hypothèque : alors que l'émission de bons fonciers était obligatoire, l'émission de bons hypothécaires était toute facultative.

Il n'en est plus de même dans le Code impérial : la délivrance d'une lettre, comme pour l'hypothèque, est aujourd'hui facultative. La Grundschild est donc à volonté *Briefgrundschild* ou *Buchgrundschild*.

Le but de la cédule est d'accroître considérablement la négociabilité du droit qui y est contenu. Au moyen de la cédule le droit est en quelque sorte attaché au titre. Le créancier n'acquiert le droit inscrit que par la délivrance que le propriétaire lui fait de la cédule, à moins qu'il n'ait été convenu qu'il aura la faculté de la retirer directement au bureau foncier. La délivrance est présumée quand le créancier est en possession de la cédule (art. 1117, 1163, § 2). La transmission du droit nécessite toujours la délivrance de la cédule et, en outre, soit l'inscription, soit un écrit constatant la cession du droit. Aussi l'article 1155, pour l'application des articles 891 à 899, met-il sur le même rang le créancier inscrit et le possesseur de la cédule.

D'après les articles 1136 et 1138 du premier Projet, la dette foncière devait toujours être accompagnée d'une cédule. Cette disposition avait été adoptée en vertu de cette idée que la Grundschild, n'étant pas embarrassée du caractère accessoire de l'hypothèque, aurait pour principale caractéristique une grande négociabilité. Mais la seconde Commission a décidé que la Grundschild sans cédule devait être autorisée. Une Grundschild de ce genre existe, d'ailleurs, de plein droit lorsqu'une hypothèque se transforme en dette foncière sur soi-même.

L'inscription de la dette foncière est nécessaire pour donner autorité au titre et le rendre opposable aux tiers. La lettre de dette foncière est un titre authentique, elle fait foi de sa date et de toutes les mentions qu'elle contient. Elle a une valeur, non pas relative, mais absolue, qui donne au porteur toute sécurité.

Quid cependant si le Grundschuldbrief n'est pas la copie fidèle et exacte du livre foncier, s'il y a désaccord entre deux attestations qui sont l'une et l'autre l'œuvre du juge-conservateur ?

En principe, la foi publique n'est due qu'au registre foncier ; les extraits du Grundbuch ne sont pas revêtus de la même présomption de vérité absolue. Il est fait pourtant ici une exception en faveur du Grundschuldbrief.

Alors que le porteur d'un Hypothekenbrief, induit en erreur par une inexactitude du conservateur, doit recourir directement contre lui, le porteur du Grundschuldbrief a un titre qui fait pleine foi à l'égard des tiers de toutes ses énonciations. Le bon hypothécaire n'a de valeur qu'autant qu'il est conforme au registre et l'exactitude des déclarations qui y sont contenues n'est garantie que par la responsabilité du conservateur, elle ne se présume pas à l'égard des tiers. Dans le but de faciliter la circulation du Grundschuldbrief, le législateur a voulu que les cessionnaires successifs n'eussent pas à comparer leurs titres au registre foncier et pussent apprécier, à seule vue, leur authenticité ; il a donc établi

cette règle que le Grundsschuldbrief, même s'il est contredit par le livre foncier, l'emporte sur le livre.

Bref, la Grundschuld tire toute sa force de l'inscription prise sur l'immeuble ; elle s'incarne dans le Grundsschuldbrief. Ce titre a l'avantage de présenter tout à la fois la sûreté d'un immeuble et la mobilité d'un effet de commerce ; la lettre foncière est, en quelque sorte, l'inscription se détachant du registre pour devenir négociable.

L'endossement est le mode normal de transmission du Grundsschuldbrief. Nulle formalité, nulle publicité n'est exigée à cette occasion. L'endossement résulte de la seule indication de la clause à ordre mise au dos du titre. C'est un acte sous seing privé ayant par lui-même pleine valeur juridique. Il est à remarquer, cependant, que la cession du Grundsschuldbrief n'entraîne aucun recours en garantie contre les différents endosseurs. La nature même de la dette foncière s'oppose à cette responsabilité solidaire des différents porteurs de la cédule. La Grundschuld est, par définition, un rapport purement réel entre le porteur du titre et l'immeuble donné en gage ; elle exclut donc forcément toute obligation personnelle. L'endossement d'un Grundsschuldbrief transmet la créance foncière telle qu'elle résulte de son inscription au livre foncier.

La dette foncière, comme l'hypothèque, ne peut donc être constituée que sur un fonds ou un droit immobilier qui ait son folio dans le registre hypothécaire ou

qui soit inscrit au registre des immeubles (*Güterbuch*).

Malgré les distinctions de principe que le législateur veut établir entre elles, l'hypothèque et la dette foncière ont une réglementation identique. D'où les conséquences suivantes :

1° On ne peut constituer une dette foncière sur l'ensemble de ses immeubles sans autre désignation, ni affectation plus précise ;

2° Les biens à grever doivent être spécialement déterminés et l'inscription doit être prise sur chacun d'eux ;

3° Le droit résultant d'une dette foncière porte nécessairement sur l'ensemble de l'immeuble considéré comme formant un tout ; les portions d'un immeuble, non matériellement détachées du reste, ne peuvent donc, par suite, être séparément grevées d'une Grundschild ;

4° Les dépendances immobilières d'un immeuble grevé d'une Grundschild doivent être grevées par une inscription spéciale et le restent tant que cette inscription n'est pas rayée ;

5° Le propriétaire n'est pas limité dans son droit de grever l'immeuble ; la loi ne fixe pas, comme c'était souvent le cas autrefois, la valeur maxima jusqu'à laquelle il est permis de grever un immeuble ;

6° Comme l'hypothèque, la dette foncière ne peut être valablement constituée que si celui, qui concède la charge, se trouve inscrit au registre comme propriétaire de l'immeuble. Par suite, toute inscription, qui aurait

été prise contre une autre personne que celle qui serait désignée comme propriétaire sur le livre foncier, serait nulle et toute inscription prise contre la personne ainsi désignée, encore qu'en réalité l'immeuble ne lui appartienne pas ou ne lui appartienne plus, serait valable.

D'autre part, le propriétaire doit avoir la capacité de disposer ; il faut que son droit de propriété sur l'immeuble à grever ne soit limité par aucune restriction portée sur le registre et qui serait de nature à mettre obstacle à toute constitution d'hypothèque en général ou à la constitution d'hypothèques volontaires en particulier.

Rappelons brièvement la nature de ces restrictions :

I. — Restrictions mettant obstacle à toute constitution d'hypothèque.

Ces restrictions peuvent provenir :

A. — De la nature juridique du bien (fief, fidéicomis) ;

B. — De dispositions prohibitives de la loi (immeubles dotaux) ;

C. — D'une défense d'aliéner inscrite au registre en suite d'une convention, d'une disposition testamentaire ou d'une saisie ;

D. — De l'exercice de droits contraires au profit de tiers (droit de retour, droit de rachat, etc.).

II. — Restrictions mettant obstacle à la constitution d'hypothèques volontaires.

Ces restrictions proviennent en général :

A. — Des règles spéciales du régime matrimonial auquel est soumis le constituant.

B. — Du fait que l'immeuble est soumis à l'usufruit paternel.

C. — De stipulations contractuelles.

Indépendamment de ces règles, il faut encore citer les dispositions suivantes concernant l'hypothèque qui sont également applicables à la dette foncière :

I. — Les dispositions relatives à la forme de la cession (art. 1154), sauf en ce qui concerne la dette foncière constituée au porteur (art. 1195). Signalons à ce sujet que la cession en blanc (1) de la Grundschild, autorisée en Prusse et en Wurtemberg, n'a pas été maintenue dans la nouvelle législation allemande.

La Grundschild peut aussi, comme l'hypothèque, être l'objet de l'usufruit ou d'un gage (art. 1080, 1261. — Civilprocessordnung, art. 857).

II. — La règle de l'article 1157, relative aux exceptions que le propriétaire peut invoquer contre le droit réel à raison d'un rapport juridique qui existe entre lui et l'ancien créancier et qui, d'après cet article, sont également opposables au nouveau créancier. Il est à remarquer que l'article 1157 ne comprend que les exceptions qui peuvent être opposées à l'hypothèque et n'est pas applicable aux exceptions qui visent le droit de créance.

(1) Le porteur du Grundschildbrief avait le droit de le remplir à son nom ou de céder à son tour la créance avant même d'avoir inscrit son propre nom sur le titre.

III. — Les dispositions relatives à l'hypothèque solidaire (art. 1132). Bien qu'elle soit définie par le Code comme une hypothèque existant sur plusieurs immeubles en vue d'une créance, cela n'exclut pas la possibilité d'imaginer une dette foncière solidaire. Les travaux préparatoires reconnaissent, d'ailleurs, son existence et la définissent comme une dette foncière constituée sur plusieurs immeubles et qui ne doit donner lieu qu'à un seul paiement.

IV. — Les règles relatives à l'*Eigenthümerhypothek* avec quelques exceptions cependant. La Grundschild ne se transforme pas en *Eigenthümergrundschild* dans les mêmes conditions que celles prévues par le Code à l'article 1163 pour l'hypothèque. Elle n'appartient, en effet, au propriétaire que si le créancier a été payé par le propriétaire, ou renonce à la Grundschild, ou est forclos (cf. art. 1170) ; de plus, elle appartient encore au propriétaire, conformément à l'article 1163, tant que celui-ci n'a pas remis la lettre de dette foncière à un créancier.

V. — L'article 1192, § 2, dispose que les intérêts de la Grundschild sont régis par les dispositions relatives aux intérêts des créances hypothécaires (cf. art. 1107).

Le législateur a jugé utile de préciser ce point car, s'il va de soi que l'hypothèque s'étend aux intérêts produits par la créance qu'elle garantit lorsque le taux de ces intérêts est inscrit au livre foncier, il n'en est pas de même pour la dette foncière qui ne suppose pas

l'existence d'une créance et l'on aurait pu, par suite, songer à appliquer l'article 1108 relatif aux redevances foncières.

B. — *Des dispositions relatives à l'hypothèque qui ne sont pas applicables à la dette foncière.*

Sont inapplicables les articles 1115, 1137 à 1139, 1143, 1153, 1161, 1163 al. 1, 1164 à 1166, 1174, 1177, 1180, 1184 à 1187, 1190. En effet, toutes ces dispositions se rattachent au caractère accessoire de l'hypothèque.

Cependant on peut se demander si certains de ces articles, inapplicables en principe à la dette foncière, puisqu'ils traitent de la créance garantie par l'hypothèque, ne devraient pas s'appliquer exceptionnellement lorsque la Grundschild sert à garantir une créance. Il faut répondre négativement car, même dans cette hypothèse, la créance est entièrement indépendante de la Grundschild et réciproquement. La créance n'est ici que le motif pour lequel le débiteur a constitué ou cédé une dette foncière.

SECTION II

Règles spéciales aux dettes foncières.**§ 1. — De l'exigibilité de la dette foncière**

(art. 1193).

Le Code de messidor an III imposait au propriétaire foncier de mentionner dans le titre cédulaire une échéance fixe. Par suite de cette mention la cédule ne pouvait survivre à la première créance qu'elle avait garantie, il était donc nécessaire de renouveler le titre, ce qui entraînait des complications coûteuses et inutiles.

Le Grundschuldbrief, au contraire, ne fait pas mention de l'échéance du capital.

La dette foncière étant, par définition, indépendante de toute créance, les règles relatives à l'exigibilité des créances ne peuvent trouver ici leur application comme pour les hypothèques. Il fallait donc, à défaut de convention particulière, une disposition légale pour en régler l'exigibilité.

Sauf convention contraire, l'article 1193 dispose que le capital de la dette foncière n'est exigible que surdénunciation préalable, et que cette dénonciation appartient au propriétaire comme au créancier.

Il n'est généralement pas d'usage en Allemagne de

fixer, comme chez nous, un terme d'échéance certain en matière de prêts d'argent ; le créancier et le propriétaire peuvent donc à leur gré, et dès qu'ils en ont besoin, « *Kündigen* », dénoncer la dette foncière. Cette dénonciation est analogue au congé admis en France en matière de bail verbal. La Grundschild peut être dénoncée à toute époque et cette dénonciation fait courir un délai de 6 mois à l'expiration duquel le créancier pourra exiger le remboursement de la dette ou sera tenu d'accepter son paiement. Tant qu'il n'y a point de dénonciation, la Grundschild se continue, sous l'obligation pour le propriétaire de payer, au terme convenu, les intérêts stipulés.

L'article 1117 de la loi d'Introduction maintient en vigueur les dispositions des Etats qui défendent de grever un immeuble d'une hypothèque ou d'une dette foncière non susceptible d'être dénoncée, ou qui restreignent, pour un temps, l'exclusion du droit de dénonciation du propriétaire.

Des conventions contraires à l'article 1193 sont valables ; il peut y avoir, par exemple, indication d'un terme certain qui vaut comme clause temporaire de non-exigibilité.

Voici d'ailleurs la formule employée en ce cas :

« *Bon foncier remboursable après négociation faite*
« *6 mois à l'avance à partir du 1^{er} juillet 1908 seule-*
« *ment.* »

La loi est muette en ce qui concerne l'exigibilité des

intérêts d'une dette foncière. En l'absence d'un texte spécial et, malgré les dispositions de l'article 1192, § 2, on ne saurait appliquer les prescriptions relatives à l'exigibilité des intérêts hypothécaires, car cette exigibilité se détermine d'après les règles applicables à la créance garantie. Les *Motifs* indiquent qu'en l'absence de toute convention les intérêts seront exigibles annuellement.

La législation prussienne de 1872 prévoyait l'émission de coupons d'intérêts, payables au porteur, que le bureau foncier délivrait avec la lettre de dette foncière. Ces *Zinsquittungsscheine* avaient pour but de faciliter le paiement des intérêts produits par la Grundschild, ils étaient délivrés par le juge-conservateur sur la réquisition du propriétaire qui faisait inscrire une dette foncière.

La série de coupons jointe à la cédule était émise pour une période de cinq années. Lorsqu'ils étaient épuisés le titulaire de la Grundschild pouvait en réclamer d'autres pour une nouvelle période de 5 ans.

Le nouveau Code allemand ne parle pas de l'émission de coupons d'intérêts; on a pensé qu'il y avait inconvénient à confondre les procédés du crédit immobilier et ceux du crédit commercial. Cependant, lorsque la dette foncière est constituée au profit du propriétaire, il peut en être délivré.

§ 2. — Du lieu du paiement du capital et des intérêts
(art. 1194).

Dans le droit prussien il existait une controverse sur ce point. L'article 1194 du nouveau Code y a mis fin et a tranché la question en décidant que le paiement du capital ainsi que des intérêts et autres prestations accessoires doit se faire, à moins de stipulation contraire, au siège du bureau foncier.

§ 3. — De la dette foncière au porteur
(art. 1195).

*« Une dette foncière peut être constituée au porteur
« Une telle cédule est régie par les dispositions relatives aux obligations au porteur. »*

Cet article a été introduit par la seconde Commission en même temps que la disposition correspondante relative à l'hypothèque au porteur.

Par application de l'article 1192 on applique aussi à la dette foncière au porteur les dispositions des articles 1188 et 1189.

La dette foncière au porteur emporte nécessairement promesse de paiement d'une somme déterminée, elle ne peut donc être mise en circulation qu'avec l'autorisation de l'Etat (Cf. art. 795). Si pareille émission avait eu lieu sans autorisation, les cédules seraient de nulle valeur ; le bureau foncier qui les aurait délivrées et, avec lui, l'Etat seraient responsables du préjudice causé (cf.

art. 12 de la loi sur les livres fonciers). Il y aurait lieu en outre à l'application de l'article 145 du Code pénal.

Aux termes des articles 783 et 794, le créancier de la dette foncière est le porteur, quel qu'il soit, de la cédule, à moins qu'il n'ait pas le droit de disposer du titre ; peu importe que la cédule ait été volée au constituant, ou qu'il l'ait perdue, ou qu'elle ait été mise en circulation contre sa volonté.

La délivrance de la cédule, contrairement à ce que décident les articles 1117 et 1163 § 2, pour l'hypothèque, n'est pas une condition de l'acquisition de la Grundschuld au porteur. La cession du titre se fait, non pas conformément aux prescriptions de l'article 1154, §§ 1 et 2, mais par tradition de la cédule.

Le propriétaire, d'après l'article 796, ne peut opposer au porteur de la cédule que les exceptions relatives à la validité de la constitution de la dette foncière ou celles qui résultent de la cédule même, et encore, dans le premier cas, seulement en tant que la force probante du livre foncier ne s'y oppose pas. La question est controversée de savoir si le porteur doit subir les exceptions nées dans la personne de son auteur, lorsqu'il les connaissait au moment de l'acquisition ou lorsqu'elles résultent du livre foncier.

Pour la délivrance d'une nouvelle cédule contre restitution de l'ancienne, il faut appliquer non l'article 798, mais les articles 67 et 68 de la loi sur les livres fonciers ; le porteur a donc le droit de l'exiger dans tous les cas.

§ 4. — De la Grundschild au profit du propriétaire
(Eigenthümergrundschild) (art. 1196).

« *Une Grundschild peut également être constituée
au profit du propriétaire lui-même.* »

C'est là une des conceptions les plus caractéristiques du Code allemand ; le propriétaire a la faculté de faire inscrire sur son immeuble une ou plusieurs obligations foncières à son propre nom et de se faire délivrer, en représentation de ce droit réel, des Grundschildbriefe au mieux des exigences de son crédit.

Pour constituer la Grundschild à son profit, il faut que le propriétaire déclare au regard du bureau foncier qu'il veut faire inscrire la dette foncière pour lui-même et que l'inscription soit faite au livre foncier.

Cette théorie de la dette foncière n'est pourtant pas une création originale ; certaines lois particulières autorisaient déjà le propriétaire à constituer une Grundschild à son profit sur son propre immeuble, notamment les lois prussiennes et mecklembourgeoises. Notre décret de messidor an III, également, avait déjà tenté de l'organiser sous le nom d'hypothèque sur soi-même... Au moyen de la dette foncière sur lui-même le propriétaire peut se réserver pour l'avenir une certaine partie de la valeur de crédit de son immeuble, tout en constituant au profit d'autres ayants droit des hypothèques ou dettes foncières d'un rang ultérieur.

En prenant des cédules foncières sur lui-même, le pro-

priétaire est en mesure, à tout moment, de rendre compte à la personne avec laquelle il a eu l'occasion de traiter de la situation actuelle de son immeuble. Le rang de la dette foncière se trouvant déterminé par avance sur le titre et sur le registre, le créancier preneur n'a rien à craindre des différents droits réels qui auraient été consentis sur le fonds à son insu ou qui le seraient par la suite. Cette opération a, en outre, l'avantage de permettre au propriétaire de disposer de la valeur du fonds soit pour son commerce, soit pour l'établissement de ses enfants ; il pourra négocier les lettres dans un ordre inverse à celui de leur rang hypothécaire ; par exemple profiter du moment où l'argent abonde sur le marché pour négocier les lettres postérieures en rang et se réserver, pour des temps plus difficiles, les titres antérieurs. « Sans doute, comme le dit l'Exposé des motifs de la loi de 1872, le propriétaire ne peut être son propre créancier, ni avoir de droit réel sur son propre fonds. Tant que le bon reste entre ses mains, la dette sommeille pour ainsi dire, et elle ne s'éveille que du jour où il aliène ou transfère l'immeuble. » En se faisant délivrer les bons, il acquiert un seul droit, mais un droit précieux, c'est de les avoir à sa disposition ; si plus tard, tout en restant nanti de la créance inscrite à son nom, il vient à aliéner l'immeuble, rien ne s'oppose plus à ce qu'il exerce sur l'immeuble démembré tous les droits d'un créancier hypothécaire.

Le propriétaire peut également se réserver, pour

l'avenir, une certaine partie de la valeur de crédit de son immeuble au moyen d'une réserve d'antériorité (1) ; mais, en cas d'aliénation de l'immeuble, la réserve d'antériorité passe au nouveau propriétaire tandis que la Grundschild sur soi-même reste aux mains de l'aliénateur. Elle peut être constituée avec ou sans cédule. Pour interdire la délivrance d'une cédule, contrairement à la disposition de l'article 1116, § 2, la déclaration unilatérale du propriétaire suffit car, pour la constitution même du droit, un accord de volontés est inutile.

L'article 1197 règle les droits du propriétaire en tant que titulaire et créancier de la Grundschild ;

« Lorsque le propriétaire est en même temps le créancier, il ne peut poursuivre l'exécution forcée pour se payer lui-même. »

« Les intérêts ne reviennent au propriétaire que si l'immeuble est saisi à la requête d'un tiers pour être soumis à l'administration forcée et seulement pendant la durée de cette administration. »

Les dispositions de l'article 1197 ne règlent pas seulement le cas où la Grundschild sur soi-même a été constituée directement (2), mais encore tous ceux dans lesquels il y a transformation d'une hypothèque en dette foncière au profit du propriétaire (3). Elles s'appliquent, même pour le temps de la réunion de ces droits

(1) Cf. article 881 du Code civil.

(2) Cf. article 1196.

(3) Cf. article 1197.

aux mains du propriétaire, dans l'hypothèse où ce dernier a l'hypothèque en cette qualité.

Les droits du propriétaire qui a une dette foncière sur son immeuble sont définis dans le Code civil allemand, non par énumération, mais par exclusion limitative, de sorte que, sauf ces facultés exclues, la Grundschuld sur soi-même est une vraie dette foncière. Le propriétaire peut en disposer et mettre en œuvre les droits qui en résultent, non seulement en cas d'expropriation forcée, mais encore, ainsi que le spécifiait l'article 1076 du premier Projet supprimé comme inutile par la seconde Commission, dans le cas d'une administration forcée.

Le propriétaire peut-il dans tous les cas se faire délivrer une cédule ? La question n'offre de difficultés que dans l'hypothèse où une hypothèque sans cédule lui a été transmise, car la disposition de l'article 1116, § 3 (1) semble conduire inévitablement à adopter la négative, mais l'article 1196 nous fournit, pour l'affirmative, un argument *a fortiori*.

Les limitations déterminées dans notre article n'ont lieu que pour la durée de la réunion du droit de créance et de la propriété aux mêmes mains. Dès qu'elle cesse, on applique les règles ordinaires en matière de dette foncière.

(1) Article 1116, § 3 : « L'exclusion de la délivrance de la lettre hypothécaire peut être levée.. .. »

§ 5. — De la conversion d'une hypothèque en Grundschild et d'une Grundschild en hypothèque (art. 1198).

« Une hypothèque peut être convertie en dette foncière et inversement. Il n'est pas besoin du consentement des ayants droit de rang égal ou inférieur. »

Le droit prussien admettait la conversion d'une hypothèque en Grundschild, mais non la réciproque. Le Code civil l'admet dans les deux cas et aussi bien pour une hypothèque négociable que pour une hypothèque de garantie.

L'article 1444 du premier Projet avait requis des conditions spéciales pour une conversion; la deuxième Commission supprima cette disposition, considérant qu'il s'agissait purement et simplement d'un changement de contenu d'un droit et qu'il suffisait, par suite, d'appliquer à cette hypothèse l'article 877 (1). La transformation suppose donc nécessairement l'accord des volontés des ayants droit et l'inscription au livre foncier.

N'y a-t-il pas lieu de faire exception pour une hypothèque et une dette foncière sur soi-même, et ne suffirait-il pas, dans ce cas, d'une déclaration unilatérale? — Non, car dans des hypothèses analogues le Code civil le dit expressément (2). En outre, on n'est pas dans les

(1) Art. 877. « Les dispositions des articles 870, 874 et 876 s'appliquent également aux modifications d'un droit sur un immeuble. » — D'après ces articles, toute modification est subordonnée à un accord de volonté des ayants droit et à l'inscription au livre foncier.

(2) Cf. art. 1188, 1195, 1196.

mêmes conditions que celles prévues par l'article 1197 ; et on ne peut pas tirer ici de la disposition de l'article 1196 un argument *a maiore ad minus*, car le *minus* ici est un *aliud* ; le propriétaire d'un immeuble n'est pas autorisé à fonder par une déclaration unilatérale une hypothèque sur son propre fonds.

La conversion d'une hypothèque en Grundschild n'entraîne aucune conséquence quant aux conditions de paiement inscrites ; mais à défaut d'inscription on appliquera désormais, non plus les prescriptions du droit des obligations, mais les dispositions des articles 1193 et 1194, et inversement. Si une hypothèque de garantie est convertie en Grundschild, en principe, on pourra délivrer une cédule, mais on ne le pourra pas si c'est une hypothèque négociable sans cédule.

Le paragraphe deuxième de l'article 1198 est contraire à la disposition correspondante de l'article 1144 du premier Projet. Non seulement le consentement des ayants droit de rang égal ou inférieur n'est pas nécessaire pour convertir une hypothèque en dette foncière et réciproquement, mais il n'est pas besoin davantage du consentement du débiteur personnel, ses intérêts sont suffisamment sauvegardés par l'article 1165 (1).

(1) Article 1165 : « Si le créancier renonce à l'hypothèque ou s'il en donne mainlevée conformément à l'article 1183, ou s'il abandonne son rang en faveur d'un autre droit, le débiteur personnel est libéré en tant que, sans cette disposition, il aurait pu obtenir, conformément à l'article 1164, indemnité en vertu de l'hypothèque. »

CONCLUSION

Nous venons d'exposer les principes de la Grundschild dans la législation allemande, il nous reste à faire connaître les résultats produits sur le crédit immobilier par le système des dettes foncières.

Ces résultats sont nuls.

Déjà, à la suite des lois de 1872, la Grundschild en Prusse n'avait reçu qu'un développement restreint, En Bavière, en Saxe, en Würtemberg et dans le Grand-Duché de Bade la dette foncière est généralement considérée comme une institution inutile, comme ne répondant à aucun besoin économique et, actuellement encore, en Prusse même, où pourtant la Grundschild fonctionne depuis 1872, c'est l'hypothèque seule qui constitue la forme normale du crédit immobilier. En effet, nous l'avons déjà dit plus haut, sur cent cas de mise en gage d'un immeuble, 95 cas revêtent en Prusse la forme de constitution d'hypothèque, 5 seulement la forme de dette foncière.

Quelle est la cause d'une aussi extraordinaire différence ?

La première, à nos yeux, est le défaut de clarté et de simplicité de la loi. Le Code a le tort de mettre en pré-

sence deux titres d'une nature différente : la cédule foncière et la lettre hypothécaire. L'un des deux doit donc forcément nuire à l'autre.

Le Grundschuldbrief présente, il est vrai, de sérieux avantages sur la lettre hypothécaire. Tout d'abord sa validité est absolue à l'égard des tiers de bonne foi ; il donne, en effet, toute sécurité au porteur, car, même s'il est contredit par le livre foncier, il l'emporte sur le Grundbuch. De plus, le propriétaire a, dès l'origine, la faculté de prendre titre sur son immeuble et de préparer ainsi son crédit par avance.

Cependant, et il semble que ce soit là une nouvelle raison pour laquelle la Grundschuld paraît être négligée dans la pratique courante des affaires, l'hypothèque, telle qu'elle est organisée par le Code allemand, suffit aux nécessités du crédit. A la différence du régime hypothécaire français, le régime hypothécaire allemand est établi sur des bases très solides. L'existence de bons hypothécaires, les principes de publicité et de spécialité, la tenue des livres fonciers par feuillets dont chacun représente un immeuble, la foi due au registre, la transmission facile des lettres hypothécaires au moyen de l'endossement donnent au régime hypothécaire allemand une entière stabilité et prouvent bien que la dette foncière ne répond pas à un besoin économique, qu'elle n'est pas une institution dont la création s'imposait.

De plus, nouvelle cause d'insuccès pour le régime des Grundschulden, si, dans les pays comme la France qui

n'ouvrent aucune autre voie de circulation au crédit de la terre, la transmission rapide des titres hypothécaires est désirable et nécessaire, s'il est indispensable que dans ces pays le sol soit mobilisé dans une certaine mesure, ce besoin se fait sentir moins vivement en Allemagne, où indépendamment du développement considérable des sociétés de crédit foncier de toutes sortes (sociétés d'emprunteurs, de prêteurs, etc., etc.), le Code civil admet un grand nombre d'institutions de crédit foncier (Hypothèque sous la forme de Verkehrshypothek, Briefhypothek, Buchhypothek et Sicherungshypothek ; Dette foncière sous la forme de Briefgrundschuld et Buchgrundschuld ; Rente foncière sous la forme de Briefrentenschuld et de Buchrentenschuld).

L'hypothèque est la forme moderne et supérieure du crédit foncier ; c'est donc en favorisant le crédit hypothécaire qu'on assurera le crédit immobilier.

Or le vrai moyen d'atteindre ce but consiste à faciliter au créancier hypothécaire la cession et, au besoin, la cession fractionnée de sa créance garantie par une hypothèque ; il faut, en un mot, favoriser le crédit hypothécaire par la mobilisation des titres hypothécaires eux-mêmes.

Par décret en date du 30 mai 1891 il a été institué au Ministère des Finances une Commission extra-parlementaire du Cadastre chargée d'étudier les diverses questions que soulève le renouvellement des opérations cadastrales, notamment au point de vue de l'assiette de

l'impôt, de la détermination juridique de la propriété immobilière et de son mode de transmission. Cette Commission s'est occupée de la réforme hypothécaire et elle a élaboré tout un projet de loi sur les privilèges et hypothèques.

Au cours des discussions qui eurent lieu au sujet de la réorganisation du crédit hypothécaire (1), le caractère accessoire de l'hypothèque n'a jamais été mis en question. Aucun dissentiment, de même, ne s'est élevé sur le point de savoir si les titres hypothécaires facilement transmissibles ne doivent être que la conséquence d'un prêt hypothécaire préalablement réalisé ou si, au contraire, cette création de titres facilement cessibles peut précéder la réalisation d'un prêt hypothécaire.

La Commission du Cadastre n'a pas admis l'hypothèque sur soi-même comme moyen de se créer un titre de crédit facilement transmissible (2) ; elle s'est ralliée à la pensée qu'il fallait se contenter de la création de titres hypothécaires, transmissibles par endossement ou au porteur, mais qui seraient la représentation d'un prêt préalablement effectué. La Commission n'a élevé aucune objection de doctrine contre l'hypothèque sur soi-même et la création de titres transmissibles qui en

(1) Cf. Procès-verbaux de la Commission du Cadastre, t. V (séances des 22 février, 1^{er} et 8 mars 1894, p. 491 à 596).

(2) Procès-verbaux de la commission du cadastre, t. VII. Rapport général sur les privilèges et hypothèques, p. 59 et s. Rapport de M. Challamel.

seraient la conséquence ; la raison qui l'a déterminée à se contenter du bon ou de l'obligation hypothécaire, c'est que la création de cédules foncières, conséquence de l'hypothèque sur soi-même ou de la Grundschild, est une complication sans utilité véritable et qui peut présenter de sérieux dangers.

La Grundschild, de par sa conception scientifique, présente un vice théorique fondamental. La dette foncière, en effet, n'implique pas une obligation personnelle de la part du débiteur ; elle n'oblige que le gage immobilier et, si ce gage est insuffisant, le porteur du bon foncier n'a aucun recours contre celui dans l'intérêt de qui ce bon a été créé. Le créancier de la dette foncière n'a de recours que sur l'immeuble. Le propriétaire n'est pas personnellement tenu ; il est en dehors de toute dette. S'il peut être évidemment très utile à l'emprunteur de limiter son obligation sur le fonds même à l'amélioration duquel l'emprunt doit être consacré, le prêteur, en revanche, demande une sécurité de plus. Tout capitaliste prudent, même lorsqu'il prête sur un immeuble dont la valeur lui offre de sérieuses garanties, ne fait pas abstraction de la solvabilité générale de son débiteur. Ce que le créancier recherche dans l'hypothèque, c'est l'alliance du crédit personnel et du crédit réel, car c'est là la véritable sécurité. Or la dette foncière n'offre pas cet avantage.

Il est donc à craindre que le débiteur, n'ayant pas d'intérêt à veiller à la conservation de la chose grevée

d'une Grundschild, la laisse dépérir. Le prêteur sera exposé à ce que le constituant de la dette foncière se désintéresse des chances de dépréciation que court sa propriété ; or n'est-il pas choquant que ce débiteur ait le droit, en délaissant la chose donnée en gage, de conserver le profit de l'argent reçu et de garder intact tout le reste de son patrimoine sans payer la dette ?

Et d'ailleurs, alors même que dans tel ou tel cas particulier une convention de la nature de la Grundschild aurait sa raison d'être, est-il bien nécessaire d'ériger en système, en une institution réglementée, un procédé qui diminue les prises que le créancier a sur son débiteur ? La Grundschild, nous le faisons remarquer plus haut, toute bizarre qu'elle puisse paraître, n'est en somme qu'une convention à responsabilité limitée, elle n'a rien de contraire aux principes du droit. Une convention peut fort bien limiter l'obligation du débiteur hypothécaire ; celui-ci n'a qu'à stipuler au contrat qu'il ne sera tenu que sur tel immeuble déterminé et non sur le reste de son patrimoine. Par ce moyen la dette suivra le fonds entre les mains des successeurs à titre particulier de même que la dette personnelle suit le patrimoine lorsqu'il passe à des successeurs à titre universel. La dette, en ce cas, grèvera non plus un patrimoine, mais un fonds ; elle sera, non plus personnelle, mais foncière. Il était donc inutile d'imaginer une théorie abstraite et de créer un mot nouveau.

La Commission du Cadastre a nettement écarté la théorie allemande de la dette purement réelle (1).

Dans un but tout pratique et pour donner au crédit hypothécaire de nouvelles facilités, elle a décidé la création de bons hypothécaires. Ces titres, transmissibles par endossement au porteur, à la différence du bon foncier qui n'implique pas une obligation personnelle de la part du débiteur, sont la représentation d'un prêt préalablement effectué. Les bons hypothécaires empruntent aux effets de commerce leur puissance de circulation. Ils se transmettent librement, dégagés à l'avance des causes d'invalidité ou d'extinction dont le porteur actuel n'avait pas connaissance lorsqu'il les a reçus. Ce sont donc des titres confirmés, consolidés, étreignant étroitement le gage qui leur est affecté ; mais alors que le bon foncier n'oblige que le gage immobilier et que, si ce gage est insuffisant, le porteur du bon foncier n'a aucun recours contre celui dans l'intérêt de qui ce bon a été créé, le bon hypothécaire, au contraire, renforce le lien d'obligation qui s'est formé lors du contrat original entre le débiteur et le créancier. Le constituant du bon hypothécaire est non seulement tenu spécialement sur l'immeuble hypothéqué, mais encore sur tous ses biens, le tout plus rigoureusement qu'un débiteur hypothécaire ordinaire. Il est tenu comme l'est, en droit commercial, l'accepteur d'une traite documentée.

(1) Cf., Procès-verbaux de la Commission du Cadastre, t. VII. Rapport général sur les privilèges et hypothèques, p. 59 et suiv.

Ce système offre l'avantage d'allier le crédit personnel et le crédit réel ; il réunit la solennité de l'engagement immobilier et la fixité du droit réel d'hypothèque à la mobilisation du crédit ; il permet, en résumé, la mobilisation du crédit dans des conditions où l'on peut trouver des garanties aussi sûres que possible ; il nous paraît donc de nature à réaliser les réformes désirables. Le projet élaboré par la Commission du Cadastre donne, en effet, satisfaction au capitaliste, qui fait crédit au propriétaire foncier, en lui accordant un titre sûr et aisément négociable ; il répond, également, aux intérêts du débiteur emprunteur en lui permettant d'obtenir des fonds sans trop de formalités et de difficultés ; en outre, tout en facilitant le crédit hypothécaire au propriétaire du sol, le système des titres hypothécaires négociables ne présente pas, comme celui des dettes foncières allemandes, le danger d'une provocation à l'abus du crédit.

Vu :

Le Président de la Thèse,
R. SALEILLES

Vu :

Le Doyen,
CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le *Vice-Recteur de l'Académie de Paris*,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE	VII
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

LA DETTE FONCIÈRE. — ÉTUDE THÉORIQUE

CHAPITRE I. — Considérations générales sur l'hypothèque indépendante et la Grundschuld prussienne.	15
CHAPITRE II. — Un précédent historique. — Le décret du 9 messidor an III	29
CHAPITRE III. — La dette foncière dans la nouvelle législation allemande.	35
CHAPITRE IV. — Critique de la législation allemande.	53
CHAPITRE V. — Essai d'une construction juridique d'une théorie de la dette foncière allemande.	64

DEUXIÈME PARTIE

LA DETTE FONCIÈRE. — INDICATIONS PRATIQUES

SECTION I. — <i>Dispositions communes à l'hypothèque et à la dette foncière</i>	76
---	----

A. — Des dispositions relatives à l'hypothèque qui sont applicables à la dette foncière.	76
B. — Des dispositions relatives à l'hypothèque qui ne sont pas applicables à la dette foncière. . . .	86
SECTION II. — <i>Règles spéciales aux dettes foncières.</i>	87
§ 1. — De l'exigibilité de la dette foncière.	87
§ 2. — Du lieu du paiement du capital et des intérêts .	90
§ 3. — De la dette foncière au porteur.	90
§ 4. — De la dette foncière au profit du propriétaire (Ei- genthümersgrundschuld)	92
§ 5. — De la conversion d'une hypothèque en dette fon- cière et d'une dette foncière en hypothèque. .	96
CONCLUSION.	101

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)
